

Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im Zivilprozeß

von

Hubertus Nerlich

aus

Brieg/Schlesien





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im Zivilprozeß



Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt

von

Hubertus Nerlich

aus

Brieg/Schlesien



Referent: Professor Dr. Horst-Eberhard Henke
Tag der mündlichen Doktorprüfung: 24 Juli 1973

GLIEDERUNG

Seite

I. Einleitung	1
1. Begriffsbestimmungen der Beschwer	1
2. Die Beschwer in der Zivilprozeßordnung und die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre	5
3. Beschwer und Rechtsschutzbedürfnis	13
II. Die Funktionen der materiellen Beschwer	16
1. Die materielle Beschwer verhindert Rechts- mittel gegen einzelne Entscheidungsgründe	16
2. Die materielle Beschwer verhindert Rechts- mittel, die nur dazu dienen, die Klage zu erweitern oder Widerklage zu erheben	20
3. Ist die materielle Beschwer erforderlich, um den Kreis der Anfechtungsberechtigten zu begrenzen?	26
4. Ist die materielle Beschwer das Ergebnis der Prozeßzwecke?	32
III. Die Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzung bei besonderen Klagearten und Rechtsbehelfen	35
1. bei rechtsmittelähnlichen Klagen und Rechtsbehelfen	35
2. bei Klagen und Rechtsbehelfen zur Abände- rung gerichtlicher Entscheidungen wegen veränderter Umstände	36
IV. Quantifizierte und qualifizierte Beschwer	40
V. Die Maßgeblichkeit der formellen Beschwer	42
1. Materielle Beschwer ohne formelle Beschwer	43
2. Formelle Beschwer ohne materielle Beschwer	46
a) bei einem Urteil nach dem Hilfsantrag, wenn dieser dem Hauptantrag rechtlich gleichwertig ist?	46
b) beim Nichturteil und beim wirkungslosen Urteil?	49

	Seite
c) beim verdeckten Teilurteil?	49
d) bei Prozeßabweisung und Zurückverweisung	50
3. Formelle Beschwer und Prozeßanträge	54
a) formelle und materielle Beschwer, wenn dem hilfsweise gestellten Sachantrag, nicht aber dem prozessualen Hauptantrag stattgegeben wird	56
b) formelle und materielle Beschwer, wenn dem prozessualen Hauptantrag, nicht aber dem hilfsweisen Sachantrag stattgegeben wird	57
VI. Sinn und Zweck der formellen Beschwer	61
1. Ergibt sich der Zweck der formellen Beschwer aus dem Zweck der Rechtsmittel oder dem Grundsatz der Prozeßökonomie?	61
2. Die formelle Beschwer als Ausfluß der Dispositionsmaxime	63
3. Der Klageantrag als Dispositionsakt	66
4. Der Abweisungsantrag als Dispositionsakt	69
VII. Die Geltendmachung der Beschwer	78
1. Die Ermittlung der Beschwer	78
2. Die Geltendmachung der Beschwer mit dem Rechtsmittelantrag in Höhe der Beschwerdesumme	80
VIII. Die Beschwer durch die einzelnen Entscheidungswirkungen	85
1. Die Beschwer durch die materielle Rechtskraft	86
a) bei stattgebenden Urteilen	86
b) bei abweisenden Urteilen	100
aa) Die Rechtskraft des Abweisungsgrundes und die Beschwer	100
α) des Klägers	100
β) des Beklagten	101

bb) Die Rechtskraft der anspruchsbejahenden Elemente des Abweisungsurteils und die Beschwerde des Beklagten	104
2. Die Beschwerde bei Gestaltungs- und Gestaltungsabwehrklagen sowie Feststellungsklagen	112
3. Die Beschwerde durch die Bindungswirkung der aufhebenden und zurückverweisenden Berufungsurteile	116
4. Die Beschwerde durch die Bindungswirkung der Grundurteile	120
IX. Die Beschwerde durch Scheidungs- und Eheaufhebungsurteile	127
1. Der Beklagte stellt in der ersten Instanz keinen Antrag	130
2. Rechtsmittel des Klägers in favorem matrimonii	133
3. Der Beklagte erhebt in der Berufung Widerklage	136
a) Der Beklagte hatte sich in erster Instanz der Scheidung widersetzt	136
b) Der Beklagte hatte ebenfalls Scheidung begehrt	139
c) Widerklage, um die Feststellung eines überwiegenden Verschuldens gem. § 52 II 2 EheG zu erreichen	141
4. Materielle Beschwerde dadurch, daß die Ehe aus einem leichteren statt aus einem schweren Scheidungsgrund geschieden wird	145
5. Rechtsmittel des Beklagten, um Widerklage zu erheben, wenn die Scheidungsklage abgewiesen wurde	147
6. Die Beschwerde, wenn ein schwerer Scheidungsgrund erst nach der letzten mündlichen Verhandlung bekannt wird und mit dem Rechtsmittel geltend gemacht wird	148
7. Besonderheiten der Wiederaufnahme in Ehesachen	151
X. Zusammenfassung	155

Literaturverzeichnis

- | | |
|-------------------------|---|
| Ascher, Walter | Die Beschwer des Rechtsmittelklägers als Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels, MDR 1953, 584 |
| Bader, Hans | Zur Tragweite der Entscheidung über die Art des Anspruchs bei Verurteilungen im Zivilprozeß, Berlin 1966 |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung, Komm., 30. A., München 1970 |
| Baur, Fritz | Zur Beschwer im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in: Festschrift für Lent, München 1957, S. 1 |
| Bernhardt, Wolfgang | Das Zivilprozeßrecht, 3. A., Berlin 1968 |
| Bettermann, Karl August | Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozeß, ZZP 82 (1969), 24 |
| ders. | Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Festschrift zum Centenarjubiläum der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit (1963), Bd. 2 S. 449, Karlsruhe 1963 |
| ders. | Die Beschwer als Klagevoraussetzung, Heft 386/387 von Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 1967 |
| Blomeyer, Arwed | Antrag und Beschwer, in: Festschrift für Fragistas, S. 463, Thessaloniki 1967 |
| ders. | Zivilprozeßrecht, Berlin 1963 |
| ders. | Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozeß, Festschrift für Lent, S. 43, München 1957 |
| Blomeyer, Jürgen | Rechtskraft und Rechtsmittel bei Klagabweisung, NJW 1969, 587 |
| Brox, Hans | Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung, ZZP 81 (1968), 379 |
| Bruns, Rudolf | Zivilprozeßrecht, Berlin 1968 |

Dietrich, Peter	Zur materiellen Rechtskraft eines klagabweisenden Urteils, ZZP 83 (1970), 201
Gilles, Peter	Rechtsmittel im Zivilprozeß, Berufung, Revision und Beschwerde im Vergleich mit der Wiederaufnahme des Verfahrens, dem Einspruch und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Frankfurt a. M. 1972
Götz, Heinrich	Die innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen im Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsprozeßrecht, JZ 1959, 681
Grunsky, Wolfgang	Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer, ZZP 76 (1963), 165
Habscheid, Walter	Beschwer des verurteilten Beklagten bei nicht vollstreckungsfähigem Leistungstitel, NJW 1964, 234
Henckel, Wolfram	Parteilchere und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961
ders.	Die Klagerücknahme als gestaltende verfahrenshandlung, in: Festschrift für Bötticher, S.173; Berlin 1969
Kamm, Reinhold	Beschwerdeberechtigung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, Jus 1961, 146
Lent-Jauernig	Zivilprozeßrecht, 15. A., München 1970
Jauernig, Othmar	Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt 1958
Nicolini, K.	Die Beschwer des Rechtsmittelklägers, NJW 1955, 615
Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht, 2. A., Tübingen 1952
Ohndorf, Wolfgang	Die Beschwer und die Geltendmachung der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzungen im deutschen Zivilprozeßrecht (Schriften zum Prozeßrecht Bd. 28), Berlin 1972
Redeker- von Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung, Komm., 3. A., Stuttgart 1969

Rosenberg-Schwab	Zivilprozeßrecht, 10. A., München 1969
Schönke-Kuchinke	Zivilprozeßrecht, 9. A., Karlsruhe 1969
Schwab, Karl Heinz	Die Bedeutung der Entscheidungsgründe, in: Festschrift für Böttcher, S. 321, Berlin 1969
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearbeitet seit 1953 von Rudolf Pohle, fortgeführt seit 1967 von Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Peter Schlosser, Ekkehard Schumann, 19. A., Tübingen 1964 ff.
Stephan, Bodo	Das Rechtsschutzbedürfnis, Berlin 1967
Struckmann-Koch	Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 4. A., Berlin 1883
Schumann, Claus-Peter	Die Berufung in Zivilsachen, München 1972
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung, Komm., 5. A., München 1971
Warttinger, Jochen	Die neuere Rechtsprechung zur Beschwerde als Rechtsmittelvoraussetzung im Zivilprozeß, Tübinger Diss. 1969
Weismann, Jakob	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Stuttgart 1903
Wetzell, Georg Wilhelm	System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. A., Leipzig 1878 (Neudruck Aalen 1969)
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Komm., Handausgabe, 2. A., Berlin 1966
Wittmann, Franz Josef	Urteilsformel und Beschwerde bei Grundurteilen, NJW 1967, 2387
Zeuner, Albrecht	Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959
Zöllner, Richard	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Komm. bearbeitet von Degenhart, Karch, Scherübl, Stephan, 10. A., München 1968

I. Einleitung

1. Begriffsbestimmungen der "Beschwer"

Vor einer Auseinandersetzung mit den verschiedenen Meinungen, die sich zur Frage der Beschwerde als Rechtsmittelvoraussetzung gebildet haben, ist es zu empfehlen, sich zu vergegenwärtigen, was man unter "Beschwer" verstehen kann.

Der weiteste Begriff der Beschwerde einer Prozeßpartei durch eine gerichtliche Entscheidung ergibt sich bei folgender Definition:

Eine Partei ist beschwert, wenn sie die Möglichkeit hat - die Zulässigkeit des Rechtsmittels vorausgesetzt -, in der nächsten Instanz eine im Tenor günstigere Entscheidung zu erreichen.

Beispiele:

Der siegreiche Kläger erweitert in zweiter Instanz seine Anträge. Er legt also ein Rechtsmittel nur zu dem Zweck ein, sein Prozeßbegehren zu erweitern.

Der Beklagte, der in erster Instanz die volle Abweisung der Klage erreichte, legt ein Rechtsmittel ein, um Widerklage, etwa als negative Feststellungsklage bezüglich anderer Forderungen des Klägers, zu erheben.

Beide Fälle sind dadurch gekennzeichnet, daß der Rechtsmittelführer die Entscheidung des Gerichts erster Instanz nicht angreift und sein Rechtsmittel ausschließlich wegen eines weiteren Begehrens, also in bezug auf einen neuen Streitgegenstand, betreibt, mag dieser auch rechtlich oder tatsächlich mit dem Streitgegenstand erster

Instanz in Zusammenhang stehen. Dieser Begriff der Beschwer sei als "Beschwer im weiten Sinne" bezeichnet. Er umfaßt nämlich auch die Fälle, in denen der unterlegene Kläger ein Rechtsmittel einlegt, um sein ursprüngliches Klagebegehren in der zweiten Instanz durchzusetzen; denn auch dann erstrebt er in der zweiten Instanz eine im Tenor günstigere Entscheidung.

Ein anderer Begriff der Beschwer, die "materielle Beschwer", ist wie folgt zu bestimmen:

Eine Partei ist beschwert, wenn sich Entscheidungswirkungen gegen sie richten.

Am häufigsten kommen hier die Urteilswirkungen der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit in Betracht.

Beispiel:

Der Beklagte, der zur Zahlung von DM 200,-- verurteilt ist, ist sowohl durch die Vollstreckbarkeit dieser Entscheidung wie durch die rechtskraftfähige Feststellung des Zahlungsanspruches materiell beschwert.

Die Problemfälle der materiellen Beschwer ergeben sich jedoch bei anderen Entscheidungswirkungen. Dazu gehört die Gestaltungswirkung der Gestaltungsurteile.

Beispiele:

Bei einem Urteil gem. § 133 HGB, das eine OHG auflöst, sind beide Parteien materiell beschwert, denn die Gestaltungswirkung des Urteils bringt ihnen infolge der Auflösung der OHG auch rechtliche Nachteile, weil die Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag nicht nur verpflichtet, sondern auch berechtigt sind.

Ebenso verhält es sich bei Scheidungsurteilen, da die Ehe Rechte und Pflichten für beide Partner mit sich bringt.

Das Scheidungsurteil vermag außerdem durch die in ihm enthaltene Schuldfeststellung materiell zu beschweren. Diese hat Tatbestandswirkung für die Unterhaltsansprüche der geschiedenen Ehegatten. Erklärt das Scheidungsurteil einen Ehegatten für allein oder überwiegend schuldig, so ist dieser dem anderen gem. § 58 f. EheG unterhaltspflichtig. Werden beide für gleichermaßen schuldig erklärt, so richten sich die Unterhaltsansprüche nach § 60 EheG. Enthält das Urteil keinen Schuldausspruch, so ist der Scheidungskläger gem. § 61 II EheG zum Unterhalt verpflichtet. Die gesetzlichen Tatbestände für die Unterhaltspflicht nehmen also auf den Inhalt des Scheidungsurteils Bezug.

Bei einem Urteil, das eine Scheidungsklage abweist, liegt eine materielle Beschwer außerdem für den Kläger in der Präklusionswirkung gem. § 616 S. 1 ZPO, für den Beklagten in der Präklusionswirkung gem. § 616 S. 2 ZPO.

Wird also eine Scheidungsklage abgewiesen und erhebt später einer der Ehegatten erneut Scheidungsklage, so kann er diese nicht auf Tatsachen stützen, die er bereits im ersten Scheidungsrechtsstreit (gegebenenfalls im Wege der Widerklage) hätte geltend machen können. Er ist mit diesen Tatsachen ausgeschlossen.

Diese Beispiele lassen bereits erkennen, daß die materielle Beschwer gerade im Bereich der sogenannten "Ehesachen" von Bedeutung ist.

Ein dritter Begriff der Beschwer wird als "formelle Beschwer" bezeichnet.

Eine Partei ist formell beschwert, wenn der Inhalt der Entscheidung zu ihren Ungunsten hinter ihrem Prozeßbegehren zurückbleibt.

Der Ausdruck "formell" erklärt sich aus der Anknüpfung am Prozeßbegehren, das wesentlich durch die formelle Prozeßhandlung der Antragstellung in der Sache bestimmt wird.

Beispiel:

Der Beklagte begehrte Klageabweisung, wurde aber zur Zahlung von DM 200,-- verurteilt. Da das Urteil sein Prozeßbegehren ganz überging, ist er in der Höhe des gesamten Streitgegenstandes, also in Höhe von DM 200,--, formell beschwert.

Dieses Beispiel wurde bereits zur Veranschaulichung der materiellen Beschwer genannt. Dort wurde nur unmittelbar auf die Entscheidungswirkungen des Urteils abgestellt. Hier dagegen wurde noch zusätzlich das Prozeßbegehren des Beklagten herangezogen. Für die formelle Beschwer genügt es nämlich nicht, daß die Entscheidungswirkungen dem Rechtsmittelführer nachteilig sind. Die Entscheidung muß auch seinem Prozeßbegehren widersprechen. Hätte der Beklagte den Klageanspruch von DM 200,-- anerkannt, so könnte er sich nicht auf eine formelle Beschwer berufen. Eine materielle Beschwer würde aber nach wie vor vorliegen.

Der Kläger ist zumeist gleichzeitig materiell und formell beschwert, wenn er unterliegt.

Der erfolgreiche Scheidungskläger ist nicht formell beschwert, denn er hat sein Ziel, die Scheidung der Ehe, erreicht.

Er ist aber materiell beschwert, denn die Gestaltungswirkung des Scheidungsurteils beseitigt nicht nur seine ehelichen Pflichten, sondern auch seine ehelichen Rechte.

Auch beim Kläger kann somit die materielle Beschwer ohne formelle Beschwer vorliegen.

2. Die Beschwer in der Zivilprozeßordnung und die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre

Im geltenden Zivilprozeßrecht ist die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung nicht ausdrücklich normiert. Zwar wird für die weitere Beschwerde ein "neuer selbständiger Beschwerdegrund" gefordert (§ 568 II ZPO). In § 575 ZPO ist von einer "beschwerenden" Entscheidung des Gerichts die Rede. Aus beidem läßt sich zwar ein Schluß auf das Erfordernis der Beschwer ziehen, ohne daß allerdings gesagt ist, worin diese Beschwer zu bestehen habe. Gleiches gilt für die Vorschriften, die eine bestimmte Höhe des "Beschwerdegegenstandes" fordern (§§ 511 aI, 546 I, 567 II ZPO). Das allgemeine Erfordernis der "Beschwer" als Zulässigkeitsvoraussetzung für Beschwerde, Berufung und Revision wurde durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts (1) durchgesetzt und ist heute auch im Schrifttum (2) allgemein anerkannt, wenn auch über den Begriff der Beschwer noch keine Einigkeit besteht.

Zunächst sei den Anfängen der Rechtsprechung nachgegangen, wobei auch ein kurzer Blick auf den gemeinen Prozeß und das ältere Schrifttum geworfen werden soll. Im gemeinen Prozeßrecht wird ein "gravamen" (Beschwerung,

1) RG 160, 192; 170, 348

2) Vgl. etwa Stein-Jonas-Grunsky Allg Einl V vor § 511 ZPO; Rosenberg-Schwab, § 137 II 3; Schönke-Kuchinke, § 76 II 3; A. Blomeyer, § 97 II; Lent-Jauernig, § 72 V; Bruns, § 52 III.

Beschwerde) für jedes Rechtsmittel gefordert. Was man hierzu allerdings bei Wetzell (3) lesen kann, läßt weder eine Vorstellung von der formellen Beschwer, noch eine solche von der materiellen Beschwer erkennen (4).

Nach Wetzell muß der Rechtsmittelführer eine Beschwerde behaupten, wobei sich diese entweder auf das Urteil im ganzen oder Teile desselben beziehen könne. Gemeint ist nichts anderes, als daß das Rechtsmittel das Urteil ganz oder zum Teil anfechten müsse, wie es noch heute gem. §§ 519 III 1., 554 III 1, ZPO für die Berufungs- und Revisionsbegründung vorgeschrieben ist. Für die Beschwer im hier verwendeten Sinne läßt sich daraus nur entnehmen, daß ein Rechtsmittel unzulässig sein soll, das lediglich den Zweck verfolgt, die erfolgreiche Klage in der Rechtsmittelinstanz zu erweitern oder - auf seiten des Beklagten - nach antragsgemäßer Klageabweisung eine Widerklage in zweiter Instanz zu erheben. Damit wäre nur die Beschwer im weiten Sinne abgelehnt. Allerdings wird diese Folgerung von Wetzell nicht ausdrücklich gezogen, er stellt vielmehr - ebenso wie in den §§ 519 III 1., 554 1. ZPO - nur auf die richtige Form der Rechtsmitteleinlegung ab.

Nach Inkrafttreten der Zivilprozeßordnung war das Erfordernis der Beschwer umstritten. Struckmann-Koch (5) halten sogar ein Rechtsmittel lediglich zwecks Klageerweiterung für zulässig. Dagegen vertrat das Reichsgericht (6) in einem Urteil vom Jahre 1884 die Auffassung, daß der Rechtsmittelführer sich nicht mit seinen eigenen Anträgen erster Instanz in Widerspruch setzen dürfe. Es kommt also der Gedanke ins

(3) System des ord. Civilprozesses (1878), S. 742 f.

(4) Irreführend Baur (Zur "Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in: Festschrift für Lent, S. 2, Anm. 1): Wetzell hebe auf S. 742 deutlich auf das "Petitum der Klage" ab. Wetzell S. 742 f.: Die Behauptung einer Beschwerde begründet die Appellationsbitte nicht, sondern ist der Behauptung des Rechtsanspruches zu vergleichen, um dessen Anerkennung man in dem Petitum einer Klage nachsucht. Wetzell miß also die Appellationsbitte keineswegs am Petitum.

(5) Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 4. A. (1883), Anm. 2 zu § 489 C. P.O.; Ebenso noch Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, S. 435 (1903)

(6) RGZ 13, 390; dort auch weitere Nachweise zum damaligen Meinungsstand.

Blickfeld, der bei der formellen Beschwer von Bedeutung ist. Allerdings geschieht dies dort nicht im Gegensatz zur materiellen Beschwer, sondern um die Beschwer im weiten Sinne als unzureichend abzulehnen.

Diese Rechtsprechung wurde vom Reichsgericht (7) folgerichtig auf den Fall ausgedehnt, daß in zweiter Instanz erstmals Widerklage erhoben wird. Auch damit wird also die Beschwer im weiten Sinne abgelehnt.

Hieraus entwickelt sich eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts (8).

Dagegen wandte sich das Bayerische Oberste Landesgericht (9) bezeichnenderweise in Ehesachen, bei denen vor allem die Schuldfeststellung erhebliche und langfristige Folgen hat.

Es kann vorkommen, daß eine Partei in der unteren Instanz nur deshalb keinen Antrag auf Scheidung aus dem Verschulden des anderen stellt, weil Eheverfehlungen, die diesen Antrag rechtfertigen, noch nicht bekannt sind. Werden sie aber vor Ablauf der Rechtsmittelfrist bekannt, so können sie durch Gewährung einer weiteren Instanz noch berücksichtigt werden. Um dies zu ermöglichen, verzichtete das Bayerische Oberste Landesgericht auf die formelle Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung. Es begründete dies (10) wenig überzeugend - wie noch darzulegen sein wird (11) - damit, daß die formelle Beschwer in vielen Fällen nur schwer festzustellen sei, weil sie ein Eingehen auf die materielle Richtigkeit erfordere.

(7) RGZ 45, 321

(8) RG 29, 377 mit ausführlichem Nachweis der damaligen Literatur; RG 45, 321; 100, 208; 130, 100.

(9) SeuffA 49 Nr. 131 und O. Nr. 219

(10) SeuffA 49 S. 236

(11) Vgl. Kap. V 1

Wenig klar sind die frühen Äußerungen in der Literatur, soweit sie sich nicht auf die Wiedergabe der Rechtsprechung beschränken. Widersprüchlich äußert sich Heilwig (12), der sich aber bereits dafür ausspricht, daß der erfolgreiche Scheidungskläger nach Verzeihung gegenüber dem Beklagten noch Berufung müss e einlegen können, um die Scheidung der Ehe zu verhindern. "Denn solche Urteile sind zweischneidig". M. a. W., der erfolgreiche Scheidungskläger ist materiell beschwert, nicht aber formell. Wurzer (13) gibt eine ausführliche Begründung, warum ein Rechtsmittel bloß zwecks Klageerweiterung nicht zulässig sein soll, lehnt jedoch das Erfordernis der Beschwer ab, da er die Beschwer als durch die Unrichtigkeit des Ersturteils bewirkt ansieht, womit das Vorliegen einer Beschwer mit der Begründetheit des Rechtsmittels zusammenfiel e.

Ein ausführliches Eingehen auf die ältere Literatur ist nicht erforderlich, da sie kaum über die Ergebnisse der Rechtsprechung hinauskommt. Wichtig ist dagegen für die weitere Rechtsentwicklung, daß das Reichsgericht seine Rechtsprechung bald erheblich modifizierte. Die älteren Entscheidungen betreffen jeweils nur den Kläger oder den Widerkläger als Rechtsmittelführer, von denen sie eine formelle Beschwer verlangen. Später (14) wird jedoch festgestellt, daß dieser Grundsatz für den Beklagten nicht gelte. Es wird zutreffend ausgeführt, daß die älteren Entscheidungen die formelle Beschwer nur forderten, um Rechtsmittel zu verhindern, die lediglich der Klageerweiterung oder der Erhebung der Widerklage dienten. Sie seien daher nicht geeignet, die formelle Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzung für ein Rechtsmittel des Beklagten zu begründen, das nicht der Erhebung der Widerklage diene.

(12) System des Deutschen Zivilprozeßrechts I (1912), S. 836

(13) Gruch. Beitr. 64 (1920), 68 f.

(14) RG Gruch. Beitr. 37 (1873), 1231

Für den Beklagten genüge die materielle Beschwer. Man begnügte sich also mit einer rein negativen Begründung, was um so verständlicher ist, als der eigentliche Grund der formellen Beschwer, die Verantwortung der Parteien für ihre Anträge, noch gar nicht bedeutsam geworden war.

Der genannten Entscheidung, die Ausgangspunkt der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes wurde, lag nämlich ein Sonderfall zugrunde, die Anfechtung eines Anerkenntnisurteils durch den Beklagten, der geltend machte, ein wirksames Anerkenntnis gar nicht abgegeben zu haben (15).

Bald wurde auch beim Kläger eine Ausnahme vom Grundsatz der formellen Beschwer zugelassen, und zwar für den siegreichen Kläger, der ein Rechtsmittel einlegt, um durch Klageverzicht eine Scheidung seiner Ehe zu vermeiden (16).

Gegen die Rechtsprechung, die den Beklagten von der genannten Ausnahme abgesehen im Vergleich zum Kläger ungleich behandelte, erhob als erster Lent (17) Widerspruch. Daraufhin stellte Ascher (18), ein Mitglied des Bundesgerichtshofes, die Rechtsprechung zusammenfassend dar und begründete sie damit, daß der Abweisungsantrag des Beklagten bloßer Prozeßantrag sei, weil das Urteil nur über den Klageantrag entscheide.

Der Antrag des Beklagten sei unerheblich und könne mithin auch für die Zulässigkeit des Rechtsmittels des Beklagten nicht von Bedeutung sein. In einer Urteils-

(15) Dieser Fall ist ausführlich erörtert unter Kap. V 1. Ähnlich RG JW 1897, 631 Nr. 9 und RG JW 1914, 693.

(16) RG 27, 371; 36, 351; 91, 365; JW 1913, 1047 Nr. 17; Warneyer 1913 Nr. 172 und 1916 Nr. 143

(17) In einer Anmerkung zu BGH JZ 1953, 276 = LM Nr. 3 zu § 511 ZPO

(18) Die Beschwer des Rechtsmittelklägers als Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels, MDR 1953, 584 f.

anmerkung wandte sich Lent (19) gegen diese Auffassung. Ihm schloß sich Baur (20) in dem ersten ausführlichen Aufsatz zum Problem der Beschwer an. Beide wiesen darauf hin, daß die von Ascher angegebene Begründung begriffsjuristisch sei. Baur sah die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung vor dem rechtspolitischen Hintergrund von Allgemein- und Individualinteressen an der Gewährung, aber auch der Beschränkung der Rechtsmittel. Die Rücksichtnahme auf den nicht uferlos ausdehnbaren Rechtspflegeapparat und die rasche Wiederherstellung des Rechtsfriedens, auch im Interesse des Rechtsmittelgegners, überwögen das Interesse des Rechtsmittelklägers, wenn die Vorinstanz seiner Rechtsbehauptung gefolgt sei (21).

Die in dieser Arbeit in den Vordergrund zu rückende Überlegung wird bereits angesprochen: "Es mag dahingestellt bleiben, ob dem Antrag des Beklagten die Qualifikation eines Sachantrages zukommt, was angesichts der im Zivilprozeß geltenden Dispositions- und Verhandlungsmaxime und auch nach dem Wortlaut des Gesetzes wohl zu bejahen ist." (22)

Ähnlich äußerte sich A. Blomeyer (23). Er unterscheidet das Gericht bindende Sachanträge, zu denen die Klageanträge zu rechnen seien, sachbezogene Prozeßanträge, zu denen die Abweisungsanträge zählen, und echte Prozeßanträge.

Die Sachanträge erwiesen sich als ein Teil der Parteiautonomie im Prozeß. Der Autonomie der Parteien entspräche die Verantwortung für ihre Anträge (24). Seit

(19) Anm. zu BGH JZ 1955, 423 = LM Nr. 6 zu § 545 ZPO = NJW 1955, 545

(20) Zur "Beschwer" im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozesses, in: Festschrift für Lent, S. 1

(21) Baur, a. a. O., S. 10

(22) Baur, a. a. O., S. 12

(23) Zivilprozeßrecht § 97 sowie Antrag und Beschwer, in: Festschrift für Fragistas (1967), S. 463

(24) Festschrift S. 470

jeder fänden aber auch sachbezogene Anträge, obwohl sie keine Bindung des Gerichts herbeiführten, Berücksichtigung bei der Beschwer (25). Das heißt, daß der Beklagte ein Rechtsmittel in der Regel nur betreiben könne, soweit er mit seinem Abweisungsantrag in der Vorinstanz keinen Erfolg gehabt habe.

Ebenso sei der Antragsteller bei echten Prozeßanträgen in aller Regel nicht beschwert, wenn der beantragte Beschluß erlassen werde, weshalb § 567 I ZPO die Beschwerde nur gegen eine Entscheidung gewähre, die ein Verfahrensgesuch zurückweise (26).

Dagegen plädierte Brox (27) erstmals für eine strikte Anwendung der materiellen Beschwer. Gegen die Lehre von der formellen Beschwer bringt er vor (28), daß sie eine Trennung von Beschwer und dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis vermissen lasse. Das Verhalten des Rechtsmittelführers in der Vorinstanz spiele für die Beurteilung der Beschwer keine Rolle; es könne jedoch für andere Fragen (Rechtsschutzbedürfnis, Beschwerdesumme, verspätetes Vorbringen) von Bedeutung sein (29).

Bettermann (30) hält eine formelle oder eine materielle Beschwer des Anfechtenden für genügend. Die formell beschwerte Partei habe den von ihr begehrten Rechtsschutz nicht im begehrten Umfange erlangt und habe daher ein Bedürfnis nach Anfechtung. Die formelle Beschwer bestehe also in der beantragten Besserstellung. Dagegen sei der Rechtsmittelführer materiell beschwert, wenn das angefochtene Urteil seine Lage verschlechtere oder

(25) Festschrift S. 471

(26) ebenda

(27) Hans Brox, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung, ZZP 81 (1968), 379

(28) ebenda, S. 409

(29) ebenda, S. 412

(30) Karl August Bettermann, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung, ZZP 82 (1969), 24 (44)

ihm eine zwar nicht beantragte, aber von Amts wegen zu gewährende Verbesserung vorenthalte (31). Die materielle Beschwer hält Bettermann (32) für die weit häufigere.

Wie Brox kommt auch Ohndorf (33) zu dem Ergebnis, daß das Beschwererfordernis nur durch eine materielle Beschwer erfüllt wird. In der formellen Beschwer sieht er nur ein Indiz für das Vorliegen einer materiellen Beschwer (34). Er spricht sich ebenso wie Brox dagegen aus, daß dem Parteiverhalten in erster Instanz eine nicht mehr korrigierbare Dispositionswirkung beigelegt wird, wenn die Entscheidung dem Prozeßbegehren stattgibt. Als Rechtsmittelvoraussetzung verlangt Ohndorf außer der materiellen Beschwer die Geltendmachung dieser Beschwer mit den Rechtsmittelanträgen (36). Schließlich stellt er als weitere Rechtsmittelvoraussetzung auf, daß der Rechtsmittelführer die Unrichtigkeit der angefochtenen Entscheidung behaupten muß (37).

Schon vor den zuletzt genannten Arbeiten hat Grunsky (38) auf einen Problemkreis hingewiesen, der sich für die materielle und die formelle Theorie von der Beschwer in gleicher Weise stellt, nämlich auf den Zusammenhang von Beschwer und materieller Rechtskraft. Beide Beschwerbegriffe sind ja vom Inhalt der Entscheidung abhängig. Die materielle Beschwer stellt ausschließlich auf diesen Entscheidungsinhalt ab und braucht nur zu prüfen, ob dieser dem Rechtsmittelführer nachteilig ist. Die formelle Beschwer muß den Inhalt der Entscheidung eben-

(31) ebenda S. 45

(32) ebenda S. 46

(33) Wolfgang Ohndorf, Die Beschwer und die Geltendmachung der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozeßrecht, Berlin 1972.

(34) ebenda, S. 110, 159 (4.)

(35) ebenda, S. 109

(36) ebenda, S. 61 ff., 159 (3.)

falls genau bestimmen und feststellen, ob sie zum Nachteil des Rechtsmittelführers von der begehrten Entscheidung abweicht. Der genaue Inhalt der Entscheidung bestimmt sich aber nach der Lehre von der materiellen Rechtskraft. Grunsky plädiert für eine Ausweitung der Rechtskraft auf einzelne Entscheidungsgründe und sieht, daß dies Auswirkungen auf die Beschwer hat und damit die zulässigen Rechtsmittel vermehrt. Auch an diese Darstellung will die vorliegende Arbeit anknüpfen und dartun, daß die Begriffsbestimmung der Beschwer und die Rechtskraftlehre miteinander in Einklang gebracht werden müssen.

3. Beschwer und Rechtsschutzbedürfnis

Wie immer man den Begriff der Beschwer faßt, läßt sich ihre Funktion als Rechtsmittelvoraussetzung stets an den Fällen ablesen, in denen sie zu verneinen ist. Der Beschwerbegriff muß darauf abstellen, ob ein berechtigtes Interesse an der Durchführung des Rechtsmittels von vornherein ausgeschlossen werden kann.

Die Beschwer ist also eine Erscheinungsform des Rechtsschutzbedürfnisses (39).

Beschwer und Rechtsschutzbedürfnis sind jedoch nicht identisch (40). Während die Beschwer exakt definiert werden kann (wenn auch mehrere Definitionen um ihre Anerkennung ringen), dient das "Rechtsschutzbedürfnis"

(37) Wolfgang Ohndorf, Die Beschwer und die Geltendmachung der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozeßrecht, Berlin 1972, S. 43 ff., 159 (2.)

(38) Wolfgang Grunsky, Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer, ZZP 76 (1963), 165

(39) Bettermann, a. a. O. S. 27; Stephan, Das Rechtsschutzbedürfnis (1967) S. 63 ff. m. Nachw.; Baur, a.a.O. S. 5 f.; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 97 II (S. 51)

(40) ebenso Bettermann, a. a. O. S. 28 f.

als Generalklausel für eine Vielzahl weiterer Einschränkungen der Rechtsmittel nach bereits anerkannten oder erst noch auftauchenden Gesichtspunkten. Allerdings könnte man auch darauf verzichten, sich für einen bestimmten Begriff der Beschwer zu entscheiden und stattdessen jeweils im Rahmen des Rechtsschutzbedürfnisses die entsprechende Interessenwertung vornehmen. Man könnte so zu gleichen Ergebnissen kommen; die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung wäre entbehrlich. Doch dient ja gerade eine Begriffsbestimmung dazu, die für die Interessenwertung maßgeblichen Kriterien ein für allemal zu erfassen und an die Stelle einer Einzelfallentscheidung die Subsumtion unter allgemein festgelegte Begriffsmerkmale zu setzen.

Die gleichen Überlegungen gelten auch, wenn auf den Begriff der Beschwer nicht vollständig verzichtet wird, dieser aber weit gefaßt werden soll. Je weiter der Begriff der Beschwer ist, desto weniger Rechtsmittel werden unterbunden.

Es besteht dann aber immer noch die Möglichkeit, Umstände, die das Bedürfnis für eine Rechtsmittelinstanz entfallen lassen, im Rahmen des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses zu berücksichtigen (41). Das würde sich aber nur empfehlen, wenn sich herausstellen sollte, daß ein enger Beschwerbegriff zu undifferenziert Rechtsmittel abschneidet.

(41) Darauf weisen Brox, a. a. O. S. 412 und Ohndorf, S. 109 hin.

II. Die Funktionen der materiellen Beschwer

Es ist nunmehr zu erproben, was die verschiedenen Begriffe der Beschwer zu leisten vermögen. Dabei braucht auf die Beschwer im weiten Sinne nur kurz hingewiesen zu werden. Denn ihre Funktion, Rechtsmittel auszuschcheiden, die sich ausschließlich gegen einzelne Entscheidungsgründe wenden, ohne daß diese zur Auslegung des Entscheidungsinhalts heranzuziehen wären, wird auch von den beiden anderen Beschwer-begriffen wahrgenommen. Andererseits zeigt sich bei den Funktionen der materiellen Beschwer, daß die Beschwer im weiten Sinne nicht ausreicht.

1. Die materielle Beschwer verhindert Rechtsmittel gegen einzelne Entscheidungsgründe

In Forderungssachen kommt es den Parteien häufig nur auf das Ergebnis ihres Prozesses an, wie es der Tenor ausdrückt.

Den Beklagten interessiert beispielsweise, ob er zahlen muß, nicht aus welchem Rechtsgrund er zahlen muß, etwa aus ungerechtfertigter Bereicherung oder kraft Vertrages. Es gibt jedoch Fälle, in denen dies anders ist. Und zwar kann sich sowohl die siegreiche, als auch die unterlegene Partei durch die Entscheidungsgründe belastet fühlen.

Beispiel:

Der Beklagte berief sich im Prozeß auf arglistige Täuschung und erhob nur "hilfsweise" die Einrede der Verjährung. Das Gericht wies die Klage wegen Verjährung ab. Der Beklagte legt Berufung ein, um zu erreichen, daß die Klage wegen arglistiger Täuschung abgewiesen wird.

Hier macht der Beklagte nicht einmal eine Beschwerde im weiten Sinne geltend, denn das erstrebte Berufungsurteil wäre für ihn im Tenor nicht günstiger. Der Tenor kann in beiden Urteilen nur lauten:

Die Klage wird abgewiesen.

Zugleich fehlt es an einer materiellen Beschwerde, da das Urteil erster Instanz keine dem Beklagten nachteiligen Entscheidungswirkungen hat. Ebenso wenig ist der Beklagte formell beschwert, da seinem Abweisungsantrag stattgegeben wurde. Die Berufung ist also jedenfalls unzulässig. Die Berechtigung dieser Rechtsmittelbeschränkung wird wohl fast als selbstverständlich empfunden. Doch lohnt es sich, einmal darüber nachzudenken. Die Einrede der Verjährung gilt insbesondere bei den kurzen Verjährungsfristen als nicht sehr ehrenhaft, wenn der Zeitablauf die Beweislage ersichtlich nicht verschlechtert hat.

Der Beklagte könnte sich daher besonders dann belastet fühlen, wenn das Gericht die Klage, ohne überhaupt auf die arglistige Täuschung einzugehen, wegen Verjährung abwies. Dazu war das Gericht an sich nicht berechtigt, denn eine Einrede kann auch unter der innerprozessualen Bedingung erhoben werden, daß eine Bestreitung des Klagegrundes oder eine andere Einrede nicht zur Klageabweisung führen (1). Eine Nichtbeachtung der Bedingtheit des Vorbringens ist aber ohne Sanktion. Anders wäre dies nur, wenn das Eventualverhältnis verschiedener Prozeßbegehren mißachtet würde, also eine Dispositionsbefugnis der Parteien vom Gericht übergangen würde. Diese bezieht sich aber nur auf den Streitgegenstand, nicht auf einzelne Rechtsgründe oder Einreden. Im vorliegen-

(1) Rosenberg-Schwab, § 65 IV 2; Pfizer, Eventuelles Vorbringen ZZP 21, 367. Pfizer zeigt allerdings auf, daß eventuell vorgetragene Sachverhalte nicht unvereinbar sein dürfen.

den Falle hätte der Beklagte von der Einrede überhaupt keinen Gebrauch machen dürfen, wenn er auf seinen makellosen Ruf Wert legte.

Hier wie in anderen Fällen können die Parteien also nicht verhindern, daß das Gericht in den Entscheidungsgründen ihnen Nachteiliges ausführt. So wird es etwa auch einem erfolgreichen Kläger nicht gefallen, in den Entscheidungsgründen zu lesen, daß sich der zugrundeliegende Vertrag hart am Rande der Sittenwidrigkeit bewege, daß Teile seines Vorbringens unglaublich oder gar er selbst unglaubwürdig seien. Zu solchen Feststellungen wird es allerdings nur selten kommen, wenn sich das Gericht an den Grundsatz hält, nur Entscheidungserhebliches in die Gründe zu schreiben. Soweit von dieser Regel einmal abgewichen wird, mögen gute Gründe dafür sprechen, etwa das Gebaren eines Geschäftemachers anzuprangern. Bedenklich ist aber, daß der so Gescholtene wegen der Rechtsmittelvoraussetzung der Beschwer im Falle seines Obsiegens keine Möglichkeit hat, sich gegen diese Vorwürfe zur Wehr zu setzen. Man muß hier jedoch darauf vertrauen, daß die Gerichte solche Auslassungen überhaupt nicht oder allenfalls nur in eindeutigen Fällen von sich geben. Andererseits hieße es der Rechthaberei Vorschub leisten, wenn man den Parteien ermöglichen wollte, auch gegen ihnen nicht genehme Entscheidungsgründe in die nächste Instanz zu gehen. Hier käme es außerdem dadurch zu unlösbaren Schwierigkeiten, daß der Rechtsmittelbeklagte nicht für die vom Gericht gewählten Entscheidungsgründe verantwortlich gemacht werden kann. Selbst wenn er gleichartige Behauptungen in erster Instanz aufgestellt hatte, würde er sie möglicherweise nicht mehr aufrechterhalten wollen, wenn der Prozeß dadurch verlängert wird. Ein Rechtsmittel kann aber nach der Zivilprozeßordnung nur gegen den Gegner der ersten Instanz geführt werden und nicht etwa gegen das erstinstanzliche Gericht.

Nun ist es allerdings auch denkbar, daß eine Partei in erster Instanz unterlegen ist, sich mit der Niederlage im Ergebnis auch abfindet, aber sich gegen einzelne Entscheidungsgründe wenden will.

Beispiel:

Der Beklagte wird zum Ersatz des dem Kläger aus einem Verkehrsunfall erwachsenen Schadens verurteilt. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß die Behauptung des Beklagten, der Unfall sei maßgeblich durch das Verschulden des Klägers und eines Dritten verursacht worden, durch die Beweisaufnahme widerlegt sei. Der Beklagte will sich mit dem Urteil insoweit abfinden, als sein Verschulden bejaht und ein Verschulden des Klägers verneint wird, er also dem Kläger auf jeden Fall auf Ersatz des ganzen Schadens haftet. Er ist aber der Ansicht, daß der Unfall durch den dritten Verkehrsteilnehmer mitverschuldet worden sei und er daher von diesem Ausgleich verlangen könne. Er sieht die Aussichten für eine solche Klage geschmälert, da damit zu rechnen sei, daß der Dritte sich auf die Feststellungen des ergangenen Urteils berufe, und zwar unabhängig davon, daß die Rechtskraft nicht zwischen dem Beklagten des Erstprozesses und dem Dritten wirke.

Da der Beklagte unterlegen ist, das Urteil also Rechtskraft gegen ihn zu erlangen droht und sein Abweisungsantrag ohne Erfolg blieb, ist er materiell und formell beschwert. Das Beschwererfordernis ist hier nicht imstande, ein Rechtsmittel zu verhindern, das nur aus dem Grunde eingelegt wird, um andere Entscheidungsgründe zu erreichen. Allerdings kann der Rechtsmittelführer dieses Ziel nur dadurch verfolgen, daß er das

Urteil auch im Tenor angreift. Er könnte nicht etwa nur einen Rechtsmittelantrag dahin stellen, die Entscheidungsgründe abzuändern. Denn die Beschwer muß nicht nur vorliegen, sondern auch geltend gemacht werden. Darauf wird noch einzugehen sein (2).

Die materielle wie die formelle Beschwer verhindern also wenigstens solche Rechtsmittel, die nur dazu dienen, die Entscheidungsgründe abzuändern. Hätte die Beschwer nur diese Funktion, so würde ein materieller Beschwerbegriff und sogar schon eine Beschwer im weiten Sinne als Rechtsmittelvoraussetzung genügen.

2. Die materielle Beschwer verhindert Rechtsmittel, die nur dazu dienen, die Klage zu erweitern oder Widerklage zu erheben.

Die Beschwer im weiten Sinne läßt das Begehren einer im Tenor günstigeren Entscheidung genügen. Diese Voraussetzung wäre schon erfüllt, wenn die in erster Instanz obsiegende Partei lediglich deswegen Berufung einlegte, um den Klageantrag zu erweitern oder - wenn der Beklagte erfolgreich war - um Widerklage zu erheben. Dieser Fall ist der erste, in dem sich das Reichsgericht mit der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung auseinandersetzte. Das Reichsgericht (3) führte hierzu aus:

Die Zulässigkeit der Erweiterung der Berufungsanträge über die in erster Instanz gestellten Anträge hinaus habe zur Voraussetzung, daß das Urteil erster Instanz dem Berufungskläger mindestens "formell" Grund zu einer Beschwerde biete, indem es über irgendeinen von ihm geltend

(2) unten Kap. VII

(3) RG 13 (1884), 390 (393 f.)

gemachten Haupt- oder Nebenanspruch zu seinem Nachteil entscheidet. Denn sonst sei eine Umgehung der ersten Instanz zum Nachteil des Gegners möglich. Auch der Wortlaut des Gesetzes spreche dafür, daß Rechtsmittel sich "gegen" ein Urteil richten müßten (heute §§ 511, 545 ZPO), und daß das Urteil zumindest teilweise "angefochten" werden müßte (heute §§ 519 III 1., 554 III 1. ZPO für die Rechtsmittelbe gründungsschriften).

Der Entscheidung ist darin zuzustimmen, daß eine Beschwer im weiten Sinne als Rechtsmittelvoraussetzung nicht ausreicht. Die obsiegende Partei darf nicht nur deshalb Berufung einlegen können, um durch Erweiterung des Klageantrags einen neuen Anspruch zu erheben. Wenn das Gesetz im allgemeinen eine Klageerweiterung in der Berufungsinstanz zuläßt (§§ 523, 268 ZPO), so hat dies das Ziel, eine Vervielfältigung der Prozesse zu vermeiden. Denn erkennt der Kläger erst in der Berufungsinstanz, daß er einen weitergehenden Anspruch gegen den Beklagten hat, so würde er einen zweiten Prozeß anstrengen müssen, wenn man ihm die Klageerweiterung versagte. Ist gegen das Ersturteil bereits ein zulässiges Rechtsmittel eingelegt, so ist ohnehin eine weitere Verhandlung über den Klageanspruch nötig und das erweiterte Klagebegehren kann durch das Berufungsurteil vollständig erledigt werden. Damit wird ein weiteres erstinstanzliches Verfahren gespart.

Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Berufung nur dem Zweck der Klageerweiterung dient. Zwar würde auch in diesem Falle eine weitere erstinstanzliche Klage erübrigt. Die Berufungsinstanz wird dann aber anstelle der ersten Instanz in Anspruch genommen, ohne daß zugleich auch das Urteil erster Instanz überprüft wird.

Dem Rechtsmittelbeklagten wird auf diese Weise eine Instanz entzogen, ohne daß dafür ein prozeßökonomischer Grund besteht (4).

Die Entscheidung des Reichsgerichts ist auch zutreffend damit begründet, daß hier das Urteil erster Instanz dem Berufungskläger "formell" keinen Grund zu einer Beschwerde biete, weil es über keinen der von ihm erhobenen Ansprüche zu seinem Nachteil entschieden habe. In der Tat fehlt es an einer formellen Beschwer. Es fragt sich aber, ob nicht auch schon der materielle Beschwerbegriff geeignet wäre, die erwünschte Rechtsmittelbeschränkung herbeizuführen. Voraussetzung wäre, daß dem angefochtenen Urteil keine dem Kläger nachteiligen Entscheidungswirkungen zukommen. Jedoch bejaht eine verbreitete Meinung (5) eine Rechtskraftwirkung gegen den siegreichen Kläger, wenn dieser eine "verdeckte" Teilklage erhoben hat. Das ist eine Klage, bei der weder durch einen Nachforderungsvorbehalt noch auf sonstige Weise zum Ausdruck gebracht wurde, daß es sich um eine Teilklage handelt. Nachforderungen auf weitere Beträge desselben Anspruchs sollen dann ausgeschlossen sein.

Beispiel:

Das Jugendamt hatte 1931 im Namen eines unehelichen Kindes dessen Unterhaltsanspruch in Höhe von DM 120,— monatlich eingeklagt. Ohne Änderung der Umstände (§ 323 ZPO) konnte es später keine Erhöhung um DM 30,— verlangen (6).

(4) So schon Wurzer, Gruch. Beitr. 64 (1920), 69

(5) Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1 (1912), § 231 IV 3 (S. 800); Pagenstecher, Die Einrede der Rechtskraft im Aufwertungsprozeß (1925), S. 18 f.; ders. JW 1925, 712; Lent NJW 1955, 1865; Bötticher MDR 1962, 724; Bernhardt, § 53 III 5 a (S. 303 f.); A. Blomeyer, § 43 II 3 b (S. 224) u. § 87 IV 5 a (S. 436); Baumbach-Lauterbach, § 322, 4 (Nachforderung); Zöllner-Degenhart, Vorb. 6 c bb vor § 322; Schönke-Kuchinke, § 75 II 3 (S. 351)

(6) Nach RG Warneier 1933 Nr. 26

Der Bundesgerichtshof hat in zwei Entscheidungen (7) ebenfalls Nachforderungen bei verdeckten Teilklagen ausgeschlossen. Dagegen überwiegen in der neueren Lehre (8) die ablehnenden Stimmen. Auch das Reichsgericht verneinte früher fast ständig eine Rechtskraftwirkung gegen den siegreichen Kläger (9). In der Tat wäre eine Rechtskrafterstreckung auf den nicht rechtshängig gewordenen Teil des Anspruchs mit keiner der Lehren vom Streitgegenstand und auch nicht mit § 322 I ZPO zu vereinbaren. Denn der Streit- und Urteilsgegenstand wird durch den Klageantrag begrenzt. Eine Ausweitung der Rechtskraft würde aber auch praktischen Bedürfnissen zuwiderlaufen. Der Zwang, einen Nachforderungsvorbehalt zu erklären, würde eine negative Feststellungsklage des Beklagten provozieren. Damit wäre das Ziel der Teilklage, die Kostenersparnis, zunichte gemacht. Soweit dem Kläger der Umfang seines Anspruchs während des Rechtstreits noch nicht vollständig bekannt war, wäre ihm eine Nachforderung versagt (10). Daher kann jedenfalls keine allgemeine Rechtskraftwirkung gegen den Kläger anerkannt werden, der nur einen Teilanspruch geltend macht, ohne die Beschränkung zum Ausdruck zu bringen.

(7) BGH 34, 337 = NJW 1961, 917 und BGH 36, 365 = NJW 1962, 1109.

(8) So Habscheid, Probleme der Teilklage, FamRZ 1962, 352; Pohle, Erstreckung der Rechtskraft auf nicht vorbehaltene Nachforderungen des siegreichen Klägers? ZZP 77 (1964), 98; Zeiss, Rechtskrafterstreckung bei Teilklage, NJW 1968, 1305; Brox, NJW 1962, 1203; Lent-Jauernig, § 63 II (S. 187); Nikisch, § 160 II 1 c (S. 416); Rosenberg-Schwab, § 156 III (S. 812 f.); Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, VI 8 c; Thomas-Putzo, § 322, 6 a; Wieczorek, § 322, E. III b 1

(9) RG 109, 195 u. 345 u. 375; 110, 127 u. 147; 119, 363; 123, 44; vgl. dagegen N. 6

(10) Vgl. hierzu im einzelnen Pohle, a. a. O. ZZP 77, 98 ff.

Wollte man eine solche Rechtskraftwirkung auch nur in einzelnen Fallgruppen anerkennen, so wäre nur der formelle Beschwerbegriff geeignet, dem Kläger ein Rechtsmittel zum Zwecke der Klageerweiterung zu versagen. Im obigen Beispiel ist das uneheliche Kind durch das Urteil, das ihm DM 120,-- monatlichen Unterhalt zuspricht, nicht formell beschwert, da seinem Antrag entsprochen wurde. Eine materielle Beschwer läge aber in einer Rechtskraftwirkung, die es an einer zusätzlichen Unterhaltsforderung bei unveränderten Verhältnissen hindert. Läßt man keine neue erstinstanzliche Klage zu, so wäre es wenig sinnvoll, stattdessen eine Rechtsmittelinstanz zu eröffnen. Daher würde nur der formelle Beschwerbegriff zu einem sachgerechten Ergebnis führen.

Dagegen genügt der materielle Beschwerbegriff, um Rechtsmittel zum Zwecke der Klageerweiterung zu unterbinden, wenn man der Meinung folgt, eine erfolgreiche Teilklage, die als solche nicht ausdrücklich gekennzeichnet war, stehe einer sogenannten Zusatzklage nicht im Wege. (Pohle (11) vereinigt diese Meinung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. Die Unzulässigkeit einer solchen Klage ist nach Pohles Ansicht keine Folge der Rechtskraft des Ersturteils, sondern der besonderen Klagevoraussetzung des § 323 ZPO. Das stimmt mit der hier vertretenen Auffassung überein, daß eine Klageerweiterung nicht einziger Zweck eines Rechtsmittels sein darf. Würde nämlich die erhöhte Unterhaltsforderung statt durch Klage gemäß § 323 ZPO durch ein Rechtsmittel verlangt, so würde mangels materieller Beschwer durch das Ersturteil dieses Rechtsmittel als unzulässig zurückgewiesen werden. Dem erfolgreichen Unterhaltskläger stehen also weder ein Rechtsmittel, noch - ohne eine Veränderung der Verhält-

(11) So hat die Rechtsprechung des BGH (34, 110), nach der eine Klage auf höheren Unterhalt ohne die Voraussetzungen des § 323 ZPO wegen dieser Vorschrift unzulässig sein soll, auch bei Gegnern einer allgemeinen Rechtskraftwirkung gegen den siegreichen Kläger Zustimmung gefunden. Vgl. Pohle in einer Anmerkung zu diesem Urteil JZ 1961, 548 und a. a. O. ZZP 77, 108.

nisse - eine Zusatzklage offen. Dieses Ergebnis beschneidet den Rechtsschutz des Unterhaltsklägers keineswegs unbillig, sondern entspricht dem Gesetzeszweck des § 323 ZPO.

Die materielle Beschwer genügt auch, um Rechtsmittel des Beklagten zu verhindern, die lediglich dazu dienen, Widerklage zu erheben. Denn obsiegt der Beklagte in erster Instanz, so ist er weder materiell noch formell beschwert. Er kann daher auch kein Rechtsmittel einlegen, um durch Erhebung einer Widerklage in der Berufungsinstanz einen ganz neuen Streitgegenstand einzuführen.

Unterlag der Beklagte zumindest teilweise, so ist er zwar materiell und formell beschwert. Trotzdem kann er nicht bloß zum Zwecke der Widerklage in die nächste Instanz gehen. Findet er sich nämlich mit der Entscheidung über den Streitgegenstand erster Instanz ab, will er aber in der zweiten Instanz einen anderen Streit entscheiden lassen, so dient sein Rechtsmittel nicht der Beseitigung derjenigen Beschwer, die ihm das Ersturteil zugefügt hat. Zu dem Erfordernis, die erlittene Beschwer mit dem Rechtsmittel auch geltend zu machen, wird im Kapitel V noch Genaueres zu sagen sein.

Hier soll nur festgehalten werden, daß bereits die materielle Beschwer ausreicht, Rechtsmittel zu verhindern, die nur dazu dienen, Widerklage zu erheben oder die Klage zu erweitern.

Forts.

- (11) Auch hier ablehnend Brox, NJW 1961, 853; Habscheid, FamRZ 1961, 267 f.; weitere Literatur dort und bei A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 87 IV 5 a in N. 1 bis 4.

3. Ist die materielle Beschwer erforderlich, um den Kreis der Anfechtungsberechtigten zu begrenzen?

Aus dem Verwaltungs- und Verfassungsprozeßrecht ist uns die Vorstellung vertraut, daß nicht jedermann gegen ein hoheitliches Handeln vorgehen kann. Eine Ausnahme macht nur die Popularklage zum bayerischen Verfassungsgerichtshof. Mit ihr kann jedermann die Verfassungswidrigkeit bayerischen Landesrechts wegen unzulässiger Einschränkung eines Grundrechts der bayerischen Verfassung geltend machen (Art. 53 I BayVerfGHG i. V. m. Art. 98 S. 4 Bayerische Verfassung). Zur Durchsetzung gerade der Grundrechte stellte der Landesgesetzgeber die Bedenken, die sonst gegen eine Zulassung von Popularklagen sprechen, zurück. In den sonstigen Verfahrensarten des Verwaltungs- und Verwaltungsprozeßrechts ist dagegen in verschiedenen Vorschriften eine "Rechtsbeeinträchtigung" zur Voraussetzung der Anfechtungsberechtigung gemacht (12). Diese Rechtsbeeinträchtigung wird häufig ebenfalls als materielle Beschwer bezeichnet.

Mit der verwaltungsprozessualen Beschwer hat sich vor allem Bettermann (13) befaßt. Er hat dabei auch den Versuch unternommen, die materielle Beschwer im Zivil- und Verwaltungsprozeß miteinander zu vergleichen, um "die Nützlichkeit einer allgemeinen Prozeßrechtslehre an einem wichtigen Institut zu exemplifizieren" (14).

In der vorliegenden, auf den Zivilprozeß beschränkten Arbeit kann auf diese Fragen nicht erschöpfend eingegangen werden. Dies ist auch nicht erforderlich, um darzutun, daß die materielle Beschwer des Zivilprozeß-

(12) Vgl. §§ 42 II, 47 S. 2 VwGO, 90 I BVGG

(13) NJW 1961, 1097; Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 449 ff.; Die Beschwer als Klagevoraussetzung, Tübingen 1970

(14) Die Beschwer als Klagevoraussetzung, S. 5

rechts und die Rechtsbeeinträchtigung des § 42 II VwGO und der ihm verwandten Vorschriften auseinanderzuhalten sind. Das zeigt sich schon daran, daß § 42 II VwGO eine Klage- und keine Rechtsmittelvoraussetzung aufstellt. § 42 II VwGO ist nur im Hinblick auf eine Eigenart des Verwaltungsrechts zu verstehen. Das öffentliche Recht regelt an sich nur die Rechtsbeziehung zwischen Staat und Bürger, mittelbar greift es jedoch auch in die Beziehungen der Bürger untereinander ein. So stellt z. B. die Baugenehmigungsbehörde in Ausführung des Bauordnungsrechtes Anforderungen bzgl. des Brandschutzes an ein Bauvorhaben. Dabei wahrt sie das öffentliche Interesse. Zugleich wahrt sie aber auch das Interesse des Nachbarn, der durch eine feuergefährliche Bauweise des Antragstellers in erster Linie gefährdet wäre. Unterläßt nun die Baugenehmigungsbehörde die notwendigen Anforderungen, so sind dadurch Leben und Eigentum des Nachbarn gefährdet. Es wäre nun denkbar, daß der Nachbar bürgerlichrechtlich einen Anspruch gegen den Bauwerber auf Beachtung der Grundsätze des Brandschutzes hätte und vor den Zivilgerichten verfolgen könnte. Ein solcher Anspruch ist jedoch nicht normiert. Stattdessen wird der Rechtsschutz des Nachbarn dadurch verwirklicht, daß den öffentlichrechtlichen Vorschriften über den Brandschutz nachbarschützende Wirkung beigemessen wird (15). Der Nachbar hat demnach ein subjektives öffentliches Recht, daß die Vorschriften über den Brandschutz im Baugenehmigungsverfahren eingehalten werden; andernfalls kann er mit Widerspruch und Klage gegen die Baugenehmigung vorgehen.

Man könnte nun vermuten, daß die ebenfalls materielle Beschwer genannte Klagevoraussetzung des § 42 II VwGO einer Rechtsmittelvoraussetzung insofern gleicht, als

(15) Mang-Simon, Bayerische Bauordnung, Komm., Anm. 5 zu Art. 89.

die Anfechtungsklage als Rechtsmittel gegen den angefochtenen Verwaltungsakt und den Widerspruchsbescheid aufgefaßt werden kann. Denn eine Anfechtungsklage hat Devolutiv- und Suspensiveffekt. Sie richtet sich zwar nicht gegen eine gerichtliche Entscheidung, wie es der Begriff des Rechtsmittels an sich erfordert, sondern gegen eine behördliche. Dieser kommen bei Unterbleiben der Anfechtung jedoch ebenfalls spezifische Entscheidungswirkungen zu, die verfahrensrechtlich und nicht nur materiellrechtlich legitimiert sind. Das heißt, mit dem Eintritt der Bestandskraft eines Verwaltungsaktes und eines Widerspruchsbescheides kann die Anfechtungsklage nur noch sehr beschränkt mit Erfolg auf die materielle Rechtslage gestützt werden (16).

Materiell beschwerend i. S. d. § 42 II VwGO wirkt jedoch nicht eine ungünstige Entscheidung im Verwaltungsverfahren als solche, sondern nur eine darin liegende Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte und öffentlich-rechtlich geschützter Interessen. Während im Zivilprozeß jedes Abweisungsurteil den Kläger und jedes stattgebende Urteil den Beklagten materiell beschweren, gilt dies keineswegs für Entscheidungen der Verwaltungsbehörden. Verlangt ein Nachbar, daß eine Baugenehmigung verweigert oder zurückgenommen wird, weil das Bauvorhaben - angeblich - gegen ihn als Nachbarn schützende Normen des Baurechts verstößt, so beschwert ihn ein ablehnender Bescheid nur, wenn die möglicherweise verletzten Normen wirklich dem Schutz des Nachbarn und nicht nur dem Allgemeinwohl dienen.

(16) Allerdings ist die Bestandskraft schwächer als die Rechtskraft. Bei schweren materiellrechtlichen Fehlern oder Verfahrensverstößen, die zur Nichtigkeit des Hoheitsaktes führen, ist die Feststellungsklage gem. § 43 II 2 VwGO weiterhin gegeben. Ebenso kann die Behörde fehlerhafte Bescheide zurücknehmen, wenn nicht überwiegende Interessen des Bürgers entgegenstehen (Vertrauensschutz).

Eine materielle Beschwer i. S. d. § 42 II VwGO kann auch eintreten, ohne daß überhaupt eine behördliche Entscheidung ergeht. So kann zum Beispiel ein Nachbar die Beseitigung eines feuergefährlichen Schwarzbaues mit der Untätigkeitsklage gem. §§ 42, 75 VwGO verlangen. Fordert der Nachbar dagegen ein Tätigwerden der Behörde aufgrund einer Norm, die nur dem Allgemeinwohl dient, so wäre seine Klage gem. § 75 VwGO mangels materieller Beschwer (§ 42 VwGO) unzulässig.

Diese materielle Beschwer ist im übrigen nicht nur Klage-, sondern allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzung. Im Widerspruchsverfahren prüft man sie unter der Zulässigkeitsvoraussetzung "Widerspruchsbefugnis" (17). Im Verwaltungsverfahren tritt sie nur deshalb nicht besonders in Erscheinung, weil sie ohnehin Teil der Anspruchsprüfung ist. Diese geht ja davon aus, ob der Antragsteller sich auf ein subjektives öffentliches Recht oder ein geschütztes öffentliches Interesse berufen kann. Verlangt der Anspruchsteller einen begünstigenden Verwaltungsakt bzw. erhebt er später die Verpflichtungsklage, so ist weiter zu prüfen, ob die Anspruchsvoraussetzungen tatsächlich erfüllt sind. Wendet der Antragsteller sich gegen einen belastenden Verwaltungsakt, so ist weiter zu prüfen, ob ein Eingriff tatsächlich erfolgte und ob dieser rechtswidrig ist. Die "Rechtsverletzung" gem. § 42 II VwGO ist also an sich ein Element des Anspruchsgrundes, das kraft Gesetzes im Verwaltungsprozeß und entsprechend auch im Widerspruchsverfahren in die Zulässigkeitsprüfung vorgezogen wird (18). In der Literatur finden sich keine Angaben über die Motive dieser ge-

(17) Redeker- von Oertzen, § 69, Anm. 2

(18) Lücke äußerte auf der Zivilprozeßrechtslehrentagung 1968 (JZ 1969, 36): Man wird im öffentlichen Recht von der Beschwer (ergänzt: i. S. d. § 42 II VwGO) absehen können, sobald man dort zu einem besseren Anspruchssystem gekommen ist.

setzlichen Regelung. Man kann sie jedoch im folgenden vermuten. Vom Standpunkt eines engagierten Staatsbürgers ist in fast allen Fällen staatlichen Handelns ein mittelbares Interesse an richtiger Gesetzesanwendung zu bejahen. So könnte sich z. B. jeder beliebige Bürger veranlaßt sehen, gegen eine gesetzwidrige Subventionsgewährung zu klagen. Denn sie belastet die Staatskasse und trifft letztlich jeden Steuerzahler. Würde sich jeder zum vermeintlichen Wahrer der Rechtsordnung aufwerfen, käme es zu zahllosen Verwaltungsprozessen. Andererseits muß dem Bürger die selbstverantwortliche Wahrung essentieller Interessen, wie sie durch die Grundrechte gekennzeichnet werden, ermöglicht werden. In dem Jahrzehnt nach Inkrafttreten des Grundgesetzes hatte sich eine Tendenz bemerkbar gemacht, Rechtssätzen, die bisher nur als dem Allgemeinwohl dienend angesehen wurden, auch eine Schutzwirkung zugunsten einzelner besonders betroffener Personen zuzusprechen. Um diese Entwicklung einerseits offen zu halten, andererseits aber ein Ausufern zu verhindern, sollte die Klagebefugnis, d. h. die materielle Beschwerde gem. § 42 II VwGO, vorweg geprüft werden. Dadurch wurde dem Bürger und der Öffentlichkeit deutlich gemacht, in welchem Umfang ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten besteht und in welchem Bereich die Kontrolle des richtigen Gesetzesvollzuges allein den vorgesetzten Verwaltungsinstanzen und den politischen Kräften zukommt.

Ein Nebenaspekt des Wesensunterschiedes der materiellen Beschwerde gem. § 42 VwGO und der Rechtsmittelvoraussetzung ist schließlich, daß letztere tatsächlich vorliegen muß, während erstere vom Kläger nur soweit dargetan werden muß, daß sie möglich erscheint. Durch diese Beschränkung wird vermieden, daß ein unverhältnismäßiger Teil des Anspruchsgrundes bereits bei der Zulässigkeit geprüft werden muß.

Damit ist allerdings nicht gesagt, daß die materielle Beschwer keinen Platz in einer allgemeinen Prozeßrechtslehre zu beanspruchen hätte. Die materielle Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung gilt vielmehr auch für den Verwaltungsprozeß (19). Sie übt dort die gleichen Funktionen aus wie im Zivilprozeß (20).

Die materielle Beschwer könnte jedoch auf andere Weise als die "Rechtsbeeinträchtigung" des § 42 II VwGO dazu dienen, den Kreis der Anfechtungsberechtigten zu begrenzen. Sie könnte die Funktion haben, festzustellen, welche am Rechtsstreit bisher nicht beteiligten Personen anfechtungsberechtigt sind. In Betracht kommen nur Nebenintervenienten, die dem Rechtsstreit gemäß § 66 II ZPO auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels beitreten können. Voraussetzung ist, daß ein Interventionsgrund gemäß § 66 I ZPO vorliegt. Es fragt sich, ob das "rechtliche Interesse" im Sinne des § 66 ZPO mit der materiellen Beschwer zusammenfällt. Der Nebenintervenient hat z. B. ein rechtliches Interesse am Sieg der Hauptpartei, wenn das Urteil ihm gegenüber Rechtskraft wirkt (§ 69 ZPO), z. B. nach § 273 HGB oder § 325 ZPO, oder gegen ihn vollstreckt werden kann (z. B. nach §§ 738, 741 ZPO) (21). Die Entscheidungswirkungen der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit des Ersturteils richten sich hier also auch gegen den Nebenintervenienten. Dieser ist materiell beschwert, auch ohne am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt gewesen zu sein. Das rechtliche Interesse des § 66 ZPO geht aber über die Abwehr nachteiliger Entscheidungswirkungen im prozeßrechtlichen Sinne hinaus. So hat die Haftpflichtversicherungsgesellschaft ein rechtliches Interesse am Obsiegen des in Anspruch genommenen

(19) Vgl. Redeker- von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Komm., 4 zu § 124, 13 zu § 146, 1 zu § 132.

(20) Entscheidungen sind bisher nur zur Frage der Beschwer durch die Entscheidungsgründe ergangen. Vgl. BVerwGE 4, 16; 283; VRspr 12, 773; Kassel VRspr 1, 123.

(21) Rothenberg-Schwab, § 47 II 2

Versicherten, auch wenn eine Rechtskrafterstreckung (22) nicht vorliegt (23). Das rechtliche Interesse der Versicherungsgesellschaft ist bereits darin zu sehen, daß ein Gericht über Rechtsfragen entscheidet, die auch für ihre Deckungspflicht relevant sind. Dabei kommt es nicht darauf an, daß dieses Urteil für den Deckungsprozeß nicht maßgeblich ist, sondern es genügt, daß es ein "Präjudiz" schafft.

Ohne Belang für unsere Untersuchung ist, wie ein rechtliches Interesse von bloß "tatsächlichen" Interessen, die eine Intervention nicht rechtfertigen, abzugrenzen ist. Jedenfalls ist für eine Prüfung der materiellen Beschwer bei der Rechtsmitteleinlegung durch einen Interventionsberechtigten kein Raum. § 66 I ZPO enthält eine *lex specialis*, die den Kreis der Anfechtungsberechtigten weiter zieht, als dies die materielle Beschwer tun würde.

4. Ist die materielle Beschwer das Ergebnis der Prozeßzwecke?

Ohndorf (24) sieht die Rechtsmittelvoraussetzung der materiellen Beschwer als Ergebnis der Prozeßzwecke. Die Bewährung der Rechtsordnung, die Herstellung der Rechtseinheit und die Rechtsfortbildung würden an sich durch Rechtsmittel gefördert. Der Staat habe aber die Rechtsschutzinitiative - von den wenigen Fällen der Mitwirkung des Staatsanwaltes im Zivilprozeß abgesehen - auf die Parteien übertragen, und zwar sowohl die Initiative zur Klageerhebung wie zur Rechtsmitteleinlegung. So frei wie der einzelne in der Gestaltung seiner Privatrechts-

(22) wie im Bereich der Pflichtversicherung gem. § 3 Ziff. 8 PflVG

(23) so OLG Düss, JW 1936, 2169

(24) a. a. O. S. 57

verhältnisse sei, solle er auch bei der Verfolgung und Verteidigung seiner Rechte im Prozeß durch Klage und Rechtsmittel sein; weder der Staat noch Dritte noch der Prozeßgegner sollten darin eingreifen dürfen. Finde sich die unterlegene und von der Entscheidung nachteilig betroffene Partei mit der Niederlage ab, so solle kein anderer ein Rechtsmittel einlegen dürfen. Ohndorf (25) sieht offenbar die Funktion der materiellen Beschwer darin, Rechtsmittel zu verhindern, die die erfolgreiche Partei einlegt, weil sie das Urteil für unrichtig hält. Wer zu Unrecht obsiegt habe, müsse die Beseitigung des Unrechts dem Gegner überlassen.

Entgegen seinem Ansatzpunkt, den Prozeßzwecken der Bewährung der Rechtsordnung, der Herstellung der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung, leitet Ohndorf das Erfordernis der materiellen Beschwer aus der Dispositionsmaxime und letztlich aus der Privatautonomie ab, hinter die die Prozeßzwecke zurückzutreten hätten. Bereits hier sei darauf hingewiesen, daß die Dispositionsfreiheit allerdings von erheblicher Bedeutung für die Beschwer ist. Aus der Dispositionsbefugnis der Parteien folgt - wie noch zu zeigen sein wird (26) - eine Verantwortung der Parteien für ihre Anträge, die ihren Ausdruck in der Rechtsmittelvorsetzung der formellen Beschwer findet. Ohndorf sieht einen ganz anders gearteten Zusammenhang zwischen materieller Beschwer und Dispositionsfreiheit. Er sieht in der Rechtsmitteleinlegung der erfolgreichen Partei nicht den Widerspruch zu ihrem eigenen früheren Prozeßbegehren, sondern eine Verletzung der "Rechtsschutzinitiative" und damit der Dispositionsfreiheit des Gegners. Die "Rechtsschutzinitiative" der Parteien vermag aber nur zu erklären, warum nicht der Staatsanwalt zur Rechtsmitteleinle-

(25) klar ausgesprochen in Anlehnung an eine Zitierung Bettermanns a. a. O. S. 56, in der Sache ebenso a. a. O. S. 58 vorletzter Absatz

(26) Kap. VI

gung befugt ist. Ohndorf muß daher die prozessuale Gestaltungsfreiheit der unterlegenen Partei noch dahin erweitern, daß außer dem Staat weder Dritte noch der Prozeßgegner in sie eingreifen dürfen. Die Dispositionsfreiheit oder die sonstige Handlungsfreiheit der unterlegenen Partei kann aber durch ein Rechtsmittel des Prozeßgegners oder eines Dritten nicht beschränkt werden. Richtig ist allerdings, daß am Prozeß bisher unbeteiligte Dritte, die auch keine Interventionsbefugnis gem. § 66 II ZPO haben, kein zulässiges Rechtsmittel einlegen können. Dies läßt sich jedoch - wie im vorangegangenen Kapitel geschehen - auch ohne die Rechtsmittelvoraussetzung der materiellen Beschwer erklären. Das Beschwererfordernis ist dagegen unentbehrlich, um Rechtsmittel der siegreichen Prozeßpartei zu unterbinden. Diese Rechtsmittelvoraussetzung wäre allerdings praktisch überflüssig, wenn es nur um solche Rechtsmittel ginge, die Ohndorf vorschweben. Denn es dürfte kaum eine siegreiche Partei geben, der die Prozeßzwecke der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung so sehr am Herzen liegen, daß sie dafür nicht nur den eigenen Prozeßsieg aufgibt, was sie auch durch Verzicht auf Vollstreckung tun kann, sondern auch noch die Kosten einer Rechtsmittelinstanz auf sich nimmt. Die Verhinderung solcher Rechtsmittel kann man wohl ernsthaft nicht einmal als eine untergeordnete Funktion der materiellen Beschwer ausgeben. Daher vermag auch die von Ohndorf gegebene Deutung der materiellen Beschwer als Ergebnis der Prozeßzwecke oder der Gewährleistung der Rechtsschutzinitiative der unterlegenen Partei nicht zu überzeugen.

III. Die Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzung bei besonderen Klagearten und Rechtsbehelfen

Aufschlußreich für die Funktionen der Beschwer müßte es schließlich sein, wenn sie nicht nur Rechtsmittelvoraussetzung, sondern allgemeine Sachentscheidungsvoraussetzung, also auch Klagevoraussetzung, wäre, wie dies Bettermann auf der Zivilprozeßrechtslehrertagung 1968 darzulegen versuchte (1). Bettermann ging dabei von der materiellen Beschwer aus. Das Problem stellt sich aber in gleicher Weise für die Lehre von der formellen Beschwer, und zwar unabhängig davon, ob der Beschwerdeführer sich an einem früheren Sachantrag messen lassen muß, wie bei der Wiederaufnahmeklage, oder mangels eines solchen Dispositionsaktes eine materielle Beschwer ausreicht, wie beim Einspruch gegen ein Versäumnisurteil. Die folgende Untersuchung vermag daher nicht unmittelbar Beweise für die Richtigkeit des formellen oder des materiellen Beschwerbegriffes zu erbringen. Sollte es sich jedoch erweisen, daß ein Beschwerbegriff oder gar beide Klagevoraussetzung sein können, so müßte es bei einer teleologischen Betrachtungsweise von entscheidender Bedeutung sein, wenn Sinn und Zweck der Beschwer nicht allein im Bereich der Rechtsmittel zu suchen wären.

1. bei rechtsmittelähnlichen Klagen und Rechtsbehelfen

Die Wiederaufnahmeklage kann nur erheben, wer durch das angefochtene Urteil beschwert ist (2). Der Bundesgerichtshof fordert grundsätzlich eine formelle Beschwer (3) und

- (1) siehe hierzu den bereits erwähnten Tagungsbericht in JZ 1969, 35 und: Die Beschwer als Klagevoraussetzung
- (2) Rosenberg-Schwab, § 162 IV 1 (S. 850); Thomas-Putzo, 3 vor § 578; Zöllner-Karch VI, § 578, 18 d aa; Schönke-Kuchinke, § 80 IV 1 (S. 417)
- (3) BGH 39, 179

läßt nur in einem Ausnahmefall eine materielle Beschwerde genügen (4).

Die Beschwerde ist Rechtsschutzvoraussetzung der Wiederaufnahmeklage, obwohl es sich bei dieser nicht um ein Rechtsmittel handelt, denn ihr fehlen Devolutiv- und Suspensiveffekt (5). Allerdings ist ihr das wichtigste Element eines Rechtsmittels zu eigen, nämlich die Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung mit dem Ziel ihrer Aufhebung oder Abänderung (6).

Gilles (7) geht sogar so weit, zu erklären, daß Suspensiv- und Devolutiveffekt weder zur Bestimmung noch zur Abgrenzung der Rechtsmittel gegenüber Wiederaufnahme, Einspruch und Wiedereinsetzung taugen. Hauptaufgabe der zivilprozessualen Kontroll- und Anfechtungsverfahren sei die Beseitigung der angefochtenen Entscheidung (7a). Die Wiederaufnahmeklage ist daher rechtsmittelähnlich (7b). Der Charakter der Beschwerde als Rechtsmittelvoraussetzung wird gewahrt. Betrachtet man weitere Rechtsbehelfe gegen gerichtliche Entscheidungen, denen der Devolutiv- oder der Suspensiveffekt abgeht, so bestätigt sich dies.

Der Einspruch gegen ein Versäumnisurteil oder einen Vollstreckungsbefehl und der Widerspruch gegen einen Arrestbeschluß stehen nur dem Beschwerenden zu, wie sich aus §§ 331, 700, 924 ZPO ergibt. Gleiches gilt für die Aufhebungsklage gegen einen Schiedsspruch gem. § 1041 ZPO. Deren Rechtsmittelähnlichkeit und Verwandtschaften mit den Wiederaufnahmeklagen sind aus dem Katalog der Aufhebungsgründe zu ersehen. § 1041 I Nr. 6 ZPO verweist auf die Fälle Nr. 1 bis 6 des § 580 ZPO, also auf die Restitutionsklage. Nr. 3 bis 5 der gleichen Vorschrift entsprechen Revisions- und Nichtigkeitsgründen (8). Die

(4) Vgl. Kap. IX 7: Wiederaufnahme des Scheidungsprozesses, wenn die Geburtsurkunde des außerehelichen Kindes nachträglich den Ehebruch beweist. Dieser Fall läßt sich nur im Hinblick auf die Besonderheiten des Scheidungsprozesses einordnen.

(5) Stein-Jonas-Grunsky, Allg Einl vor § 511, I.

(6) Rosenberg-Schwab, § 135 I 1 (S. 698)

(7) Peter Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozeß, S. 4

Anfechtungsklage gegen ein Ausschlußurteil gem. § 957 ZPO ist eine Kombination von Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklage, wie sich aus den Anfechtungsgründen des § 957 II ZPO und den Klagefristen des § 958 ZPO entnehmen läßt (9). Je nachdem, ob der Anfechtungskläger vor Erlaß des Ausschlußurteils einen Antrag gestellt hat oder nicht, muß von ihm eine formelle oder eine materielle Beschwerde gefordert werden.

2. bei Klagen und Rechtsbehelfen zur Abänderung gerichtlicher Entscheidungen wegen veränderter Umstände

Eine besondere Gruppe von Klagen gegen gerichtliche Entscheidungen sind diejenigen, mit denen eine Abänderung der Entscheidung wegen veränderter Umstände begehrt wird. Hier tritt die Rechtsmittelähnlichkeit zurück. Die Beschwerde des Klägers ist zwar vielfach gegeben, sie muß aber nicht immer vorliegen. Betrachten wir die wichtigste Erscheinungsform dieser Klagen, die Abänderungsklagen gem. § 323 ZPO. Diese Klagen richten sich gegen Urteile auf wiederkehrende Leistungen gem. § 258 ZPO. Solche Urteile zeichnen sich dadurch aus, daß sie über Ansprüche bereits vor ihrer Fälligkeit rechtskräftig entscheiden. Diese Urteilsart ist bei Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen zweifellos zweckmäßig. Sie hat aber den Nachteil, daß der Richter die zukünftige Entwicklung der maßgebenden Tatsachen nicht mit der gleichen Zuverlässigkeit beurteilen kann wie bereits Geschehenes. Die Rechtskraft solcher Feststellungen kann daher nicht die gleiche Endgültigkeit für sich beanspruchen wie sonst. Die Durchbrechung der Rechtskraft gem. § 323

(7a) Peter Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozeß, S. 250

(7b) ebenso Bettermann, a. a. O. S. 6, Peter Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozeß, S. 129

(8) Bettermann, a. a. O. S. 8

(9) ähnlich Bettermann, a. a. O. S. 9

ZPO ist das notwendige Korrektiv zu der durch § 258 ZPO ermöglichten Ausweitung des zeitlichen Umfangs der Rechtskraft.

Eine Abänderungsklage richtet sich also zwar gegen eine Vorentscheidung, so daß man auch hier wegen dieser Rechtsmittelähnlichkeit geneigt sein könnte, die Beschwer als Klagevoraussetzung zu fordern. Aber die angegriffenen Rechtskraftwirkungen haben nur eine minde-re Bedeutung. Dies zeigt sich noch nicht, wenn der frühere Beklagte Abänderung begehrt. Denn er wendet sich ohnehin stets gegen seine Verurteilung und damit gegen eine formelle und materielle Beschwer. Begehrt der frühere Kläger Abänderung, so ist auch er formell und materiell beschwert, wenn er im Vorprozeß teilweise unterlegen war. Er kann aber auch klagen, wenn er im Vorprozeß voll obsiegt hat, jedoch aufgrund veränderter Verhältnisse einen weitergehenden Anspruch gegen den Beklagten zu haben glaubt. Darin zeigt sich, daß die Beschwer bei den Klagen zur Abänderung gerichtlicher Entscheidungen aufgrund veränderter Umstände zwar häufig vorliegt, aber nicht Klagevoraussetzung ist.

Bei den von Bettermann (10) angeführten weiteren Rechtsbehelfen wegen veränderter Umstände ist die Beschwer ebensowenig Zulässigkeitsvoraussetzung. Bettermann nennt den Antrag auf Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung gem. § 927 ZPO und die Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO.

Nun liegt zwar in diesen Fällen stets eine materielle Beschwer des Schuldners durch die angefochtene Entscheidung vor. Da dies ausnahmslos der Fall ist, hat es aber keinen Sinn, die materielle Beschwer als eine besonders herausgehobene Zulässigkeitsvoraussetzung aufzustellen. Die formelle Beschwer käme als Zulässigkeitsvoraussetzung in Betracht, wenn dem angefochtenen Arrest oder

(10) a. a. O. S. 11 und S. 16

der einstweiligen Verfügung eine mündliche Verhandlung vorausgegangen ist. Denn nur dann konnte der Schuldner Anträge stellen, an denen sich seine formelle Beschwer messen ließe. Auf diese Anträge kann es aber gerade nicht ankommen, wenn der Schuldner eine Veränderung der Verhältnisse vorträgt, von denen er in der mündlichen Verhandlung keine Kenntnis hatte, so daß er sie bei der Antragstellung noch gar nicht in Rechnung stellen konnte. Es ist daher festzustellen, daß bei den Rechtsbehelfen gem. §§ 927 und 767 ZPO weder eine materielle noch eine formelle Beschwer zu prüfen ist.

Bei der Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung mit Wirkung für die Zukunft gem. §§ 679, 686 ZPO ist der Kreis der Anfechtungsberechtigten - ebenso wie bei der Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß - durch § 679 II ZPO positiv gesetzlich geregelt. Diese Personen sind anfechtungsberechtigt, auch ohne selbst materiell beschwert zu sein.

Ergebnis:

Die Beschwer ist nur bei solchen zivilprozessualen Klagen und Rechtsbehelfen Zulässigkeitsvoraussetzung, die, abgesehen vom Devolutiv- und Suspensiveffekt, Rechtsmittelcharakter haben. Bei den Klagen und Rechtsbehelfen zur Abänderung von Entscheidungen wegen veränderter Umstände ist die Beschwer nicht zu prüfen.

IV. Quantifizierte und qualifizierte Beschwer

Fragt man nach dem Zweck der Beschwer, so muß man schließlich auch die größenmäßige Bestimmung der Beschwer für die verschiedenen Rechtsmittel und die Qualifizierung der Beschwer als Beschwer durch die Hauptsache erwähnen.

Unschwer erkennbar ist der Zweck der Vorschriften (§§ 511 aI, 546 I, 567 II ZPO), die eine quantifizierte Beschwer nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes verlangen. Damit sollen Bagatellfälle ausgeschieden werden. Der staatliche Rechtspflegeapparat soll nicht durch mehrere Instanzen mit Angelegenheiten belastet werden, deren wirtschaftliche Bedeutung für die Parteien gering ist. Die hohe Revisionssumme von zur Zeit DM 25.000,-- (1) dient dazu, den Bundesgerichtshof vor Überlastung zu schützen.

Die Beschwer darf nicht nur auf der Kostenentscheidung beruhen (§ 99 I ZPO). Als Zweck dieser Vorschrift wird angegeben (2), sie solle die Rechtsmittel wegen der Kosten einschränken und verhüten, daß die höhere Instanz die Hauptsache nur wegen der Kostenentscheidung nachprüfen muß. Eine Nachprüfung ist allerdings dann nicht nötig, wenn das Gericht, ohne Ermessensvorschriften anzuwenden, nur falsche Kostenfolgen aus der Hauptsacheentscheidung gezogen hat. Das kommt insbesondere bei der objektiven und subjektiven Klagehäufung vor. Bei teilweisem Obsiegen und Unterliegen ergeben sich mitunter komplizierte Bruchrechnungen für die Kostenverteilung (3). Hier handelt es sich aber nicht um eigentliche Erkenntnisfehler, die es rechtfertigen würden, eine weitere In-

(1) Gesetz zur Entlastung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen v. 15. 8. 1969 (BGBl I S. 1141) u. v. 7. 8. 1972 (BGBl I S. 1383)

(2) Baumbach-Lauterbach, Anm. 1 A zu § 99 ZPO

(3) Egon Schneider, Die Kostenentscheidung im Zivilurteil, § 22

stanz damit zu befassen. Vielmehr sollte das Gericht, das die falsche Kostenentscheidung erlassen hat, selbst in der Lage sein, das Versehen zu korrigieren (4).

In den verbleibenden Fällen, die in der Praxis nicht sehr häufig sind, würde eine Nachprüfung der auf Ermessen beruhenden Kostenentscheidung erfordern, daß sich das Rechtsmittelgericht intensiv mit dem Prozeßgeschehen oder zumindest Teilen der Hauptsache auseinandersetzt. Man denke etwa an die Kostensanktionen aufgrund nachlässigen prozessualen (§§ 96, 97 II ZPO) oder vorprozessualen (§ 93 b ZPO) Verhaltens, die in das Ermessen des Gerichts gestellt sind. Zudem käme nur eine Nachprüfung der Kostenentscheidung auf fehlerfreie Ermessensausübung in Betracht. Schließlich wäre es dem Ansehen der Justiz abträglich, wenn allein über die Kostenentscheidung weiter prozessiert würde. Denn hier träte ja nicht mehr eine Partei, sondern das vorinstanzliche Gericht als Prozeßverursacher in Erscheinung, dem billigerweise bei Erfolg des Rechtsmittels auch dessen Kosten überbürdet werden müßten, wofür aber keine Rechtsgrundlage besteht.

(4) Allerdings paßt hier § 319 ZPO streng genommen nicht immer. Die Praxis behilft sich aber mit ihm. Vgl. Baumbach-Lauterbach, Anm. 2 B zu § 319.

V. Die Maßgeblichkeit der formellen Beschwer

Die formelle Beschwer ergibt sich aus dem Vergleich des Prozeßbegehrens und dem Inhalt der Entscheidung erster oder zweiter Instanz und ist dann zu bejahen, wenn die Entscheidung hinter dem Begehren zurückbleibt, mit dem die Partei über den Streitgegenstand verantwortlich befindet. Die formelle Beschwer stellt also die Art und Weise der Ermittlung der "Beschwer" in den Vordergrund. Die materielle Beschwer besteht dagegen in den nachteiligen Entscheidungswirkungen, die sich regelmäßig gerade aus dem Zurückbleiben der Entscheidung hinter dem Begehren ergeben. Es kann daher nicht oft genug betont werden, daß sich formelle und materielle Beschwer nicht in einem unversöhnlichen Gegensatz gegenüberstehen, sondern in der Regel entweder zugleich vorliegen oder fehlen.

Beispiel:

Der Kläger klagte auf Lieferung von Waren. Der Beklagte begehrte Klageabweisung. Die Klage wurde abgewiesen.

Der Kläger ist hier materiell dadurch beschwert, daß das Abweisungsurteil seinen Lieferungsanspruch rechtskraftfähig verneint. Ebenso ist er formell beschwert, weil das Urteil sein Prozeßbegehren, wie es im Klageantrag Ausdruck gefunden hat, abgewiesen hat.

Der Beklagte ist materiell nicht beschwert, weil das Urteil einen gegen ihn gerichteten Anspruch verneint und sich die Rechtskraft daher zu seinen Gunsten auswirken wird. Er ist auch nicht formell beschwert, weil seinem Antrag stattgegeben wurde. Trotzdem kann auf die Unterscheidung beider Begriffe nicht verzichtet werden, denn es gibt Fälle materieller Beschwer ohne formelle Beschwer und formeller Beschwer ohne materielle Beschwer.

1. Materielle Beschwer ohne formelle Beschwer

Anerkenntnis und Klageverzicht führen zu richterlichen Erkenntnissen, die den Anerkennenden bzw. Verzichtenden unzweifelhaft materiell beschweren. Gleichwohl ist es der Partei, die sich unterworfen hat, nicht möglich, durch Einlegung eines Rechtsmittels doch noch eine Entscheidung nach sachlicher Prüfung herbeizuführen. Ein Rechtsmittel müßte als unzulässig verworfen werden, denn es fehlt an der Zulässigkeitsvoraussetzung der formellen Beschwer. Mit dem Anerkenntnis oder mit dem Klageverzicht hat die Partei von ihrer Dispositionsbefugnis Gebrauch gemacht. An dieser Disposition muß sie sich nun festhalten lassen. Hier wird bereits der innere Grund der formellen Beschwer erkennbar: die Verantwortlichkeit der Parteien für ihre Dispositionsakte als Gegenstück ihrer Dispositionsfreiheit.

Das Reichsgericht (1) ließ allerdings ein Rechtsmittel des Beklagten, gegen den ein Anerkenntnisurteil ergangen war, zu. Dogmatisch ermöglichte es dies, indem es den Grundsatz aufstellte, der Beklagte sei stets bereits aufgrund einer materiellen Beschwer anfechtungsberechtigt (2).

Die Rechtsprechung erklärt sich jedoch ganz einfach aus einer Verlagerung des Problems. In allen Fällen wurde mit dem Rechtsmittel geltend gemacht, daß ein wirksames Anerkenntnis überhaupt nicht abgegeben worden sei. Ob das Anerkenntnis wirksam oder unwirksam war, wurde von der Rechtsprechung als Problem der Begründetheit angesehen (3). Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtung

(1) RG Gruch. Beitr. 37 (1893), 1232; RG JW 1914, 693 Nr. 19

(2) RG Gruch. Beitr. 37, 1234, wie schon in Kap. I 2 dargestellt.

(3) wie N. 1; ebenso BGH LM Nr. 5 zu § 263 (siehe Gründe I 1.); Ascher, a. a. O. MDR 1953, 585.

von Anerkenntnisurteilen, gegen die der Rechtsmittelführer geltend macht, daß ihnen kein wirksames Anerkenntnis zugrunde liege, ist zweifellos zu bejahen. Wurde aber ein Anerkenntnis nicht wirksam abgegeben, so entspricht die ergangene Entscheidung nicht dem Prozeßverhalten des Beklagten. Daher trifft die Argumentation Ohndorfs (4) nicht zu. Er weist zwar mit Recht darauf hin, daß die Verantwortung des Beklagten für ein Anerkenntnis sich noch weniger leugnen lasse als für ~~den~~ Abweisungsantrag. Er sieht aber zu Unrecht das Erfordernis der formellen Beschwerde als unvereinbar mit der Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen ein Anerkenntnisurteil an. Denn ein solches Rechtsmittel ist nur zulässig, wenn das Anerkenntnis unwirksam ist. An einem unwirksamen Anerkenntnis muß sich der Beklagte nicht festhalten lassen. Hat er in Wirklichkeit Klageabweisung begehrt, so ist er formell beschwert. Ist das noch nicht geschehen, so kann zwar keine formelle Beschwerde festgestellt werden, da der Beklagte zum Streitgegenstand noch nicht verbindlich Stellung genommen hat. In diesem Fall genügt die materielle Beschwerde, um die Zulässigkeit eines Rechtsmittels herbeizuführen. Denn die formelle Beschwerde kann immer nur dort gefordert werden, wo ein Dispositionsakt vorgelegen hat. Mit einer unwirksamen Prozeßhandlung wird über den Streitgegenstand gerade nicht disponiert.

Die Wirksamkeit des Anerkenntnisses ist also im Rahmen der Zulässigkeit des Rechtsmittels zu prüfen (5), und zwar als Bestandteil der Rechtsmittelvoraussetzung „Beschwerde“. War das Anerkenntnis wirksam, so ist trotz materieller Beschwerde wegen Fehlens der formellen Beschwerde das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen. War es unwirksam, so ist das Rechtsmittel zulässig, wenn die Beschwerdesumme erreicht wird. (6)

(4) a. a. O. S.108

(5) wohl ebenso Stein-Jonas-Grunsky, § 511, I 1 sowie Lent-Jauernig, § 72 V.

(6) BAG BB 1966, 1190

Unrichtig wäre es, bereits die Behauptung des Rechtsmittelführers, daß das Anerkenntnis unwirksam sei, zur Zulassung des Rechtsmittels genügen zu lassen und die Richtigkeit dieser Behauptung bei der Begründetheit zu prüfen. Dies würde nämlich bedeuten, daß man in diesem Falle auch bereits die Behauptung einer Beschwer genügen ließe. Dann müßte man in der Lehre von der Beschwer Regeln dafür aufstellen, wann die Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwer eine tatsächliche Beschwer erfordert und wann deren Behauptung ausreicht. Man müßte auch erklären, wieso eine solche Differenzierung berechtigt ist. Geht man aber noch weiter und läßt allgemein die Behauptung einer Beschwer zu, dann wäre die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung untauglich. Denn diese Behauptung läßt sich unschwer aufstellen. Die Behauptung einer Beschwer wird daher nirgends für ausreichend gehalten. Bettermann (7) fordert zu Recht ausdrücklich eine tatsächliche Beschwer.

Entsprechend liegt der Fall, daß gegen den Kläger Verzichtsurteil ergangen ist, dieser aber mit dem Rechtsmittel geltend macht, keinen wirksamen Verzicht erklärt zu haben. Hier ist der Kläger formell beschwert, wenn sein Klageantrag nicht durch wirksamen Verzicht beseitigt war, da das Urteil seinem Klageantrag nicht stattgegeben hat.

Anerkenntnis- und Verzichtsurteile beweisen daher, daß die materielle Beschwer ohne formelle Beschwer nicht ausreicht, um die Rechtsmittelvoraussetzung der "Be-

(7) a. a. O. S. 68 (unter 3.)

(8) Nicht mit der formellen Theorie erfaßbar, aber auch nicht im Widerspruch zu ihr ist der Fall einer Berufung gegen ein Abweisungsurteil, weil die Klage wirksam zurückgenommen worden sei. Ein zurückgenommener Klageantrag ist unbeachtlich, so daß der Kläger nicht formell beschwert sein kann. Das Rechtsmittel ist gleichwohl zulässig, weil die formelle Beschwer nicht verlangt werden kann, wenn es an einem Antrag fehlt

schwer" zu erfüllen. Auf die formelle Beschwer kommt es allerdings insoweit nicht an, als es an einem Dispositionsakt fehlt.

2. Formelle Beschwer ohne materielle Beschwer

Auch diese Konstellation ist geeignet, als Prüfstein zu dienen, ob es entscheidend auf die formelle oder die materielle Beschwer ankommt. Zunächst sind die Fallgruppen zu untersuchen, in denen nach Ohndorf eine formelle Beschwer ohne materielle Beschwer vorliegen und das Rechtsmittel gleichwohl unzulässig sein soll. Wäre dem so, dann käme es entscheidend auf die materielle Beschwer an. Lassen sich dagegen Fälle nachweisen, in denen ein Rechtsmittel aufgrund einer formellen Beschwer ohne materielle Beschwer zulässig ist, so spräche dies zusammen mit den bereits erörterten Fällen des Anerkenntnis- und des Verzichtsurteils für die formelle Theorie.

- a) bei einem Urteil nach dem Hilfsantrag, wenn dieser dem Hauptantrag rechtlich gleichwertig ist?

Hierzu hat der Bundesgerichtshof (9) folgenden Fall entschieden:

Der Kläger hat vor dem Landgericht den Antrag gestellt, die Ehe wegen auf geistiger Störung beruhenden Verhaltens (§ 44 EheG), "hilfsweise" wegen Geisteskrankheit (§ 45 EheG) der Beklagten zu scheiden. Das Landgericht schied die Ehe nach dem "Hilfsantrag" wegen Geisteskrankheit. Die Berufung des Klägers mit dem Ziel der Scheidung wegen einer auf geistiger Störung beruhenden Eheverfehlung wur-

(9) BGH NJW 1968, 2055

de mangels Beschwer als unzulässig zurückgewiesen. Die Revision hiergegen war erfolglos.

Der Bundesgerichtshof verneinte die Beschwer mit der Begründung, die beiden Scheidungsgründe und damit auch die beiden Anträge seien rechtlich gleichwertig. Es bestünden keine Unterschiede in den Rechtsfolgen, und zwar weder im Schuldausspruch (§§ 52, 53 II EheG) noch in der Unterhaltspflicht (§ 61 EheG), im Namensführungsrecht der Frau (§§ 54 bis 57 EheG) oder in den Folgen für die elterliche Gewalt über die Kinder (§ 1671 BGB).

Ohndorf (10) meint, dieser Fall beweise, daß es nicht in erster Linie auf die formelle Beschwer, sondern auf die materielle Beschwer ankomme. Dafür sprechen auch einige Formulierungen dieser Entscheidung. So heißt es dort (11): Auch in Ehesachen mache eine bloß formelle Beschwer des siegreichen Klägers das von ihm eingelegte Rechtsmittel noch nicht zulässig. Der Scheidungskläger sei nur dann beschwert, wenn der hilfsweise geltend gemachte Scheidungsgrund von geringerer Tragweite sei, mithin eine materielle Rechtsbeeinträchtigung vorliege.

Diese Formulierungen erklären sich aber aus der mangelnden wissenschaftlichen Klärung der beiden Beschwerbegriffe. Dies wird deutlich, wenn man diejenige Aussage betrachtet, die den obigen Ausführungen des Bundesgerichtshofs unmittelbar vorausgeht. Dort heißt es mit dem Hinweis auf eine gesicherte Rechtsprechung: Die bloß formelle Beschwer des Rechtsmittelklägers genüge nicht. Vielmehr müsse ein Vergleich des rechtskraftfähigen Inhalts des angefochtenen Urteils mit dem Klagebegehren (sic!) ergeben, daß die Entscheidung für den Rechtsmittelkläger in irgendeiner Weise sachlich nachteilig sei. Der Kläger sei nicht beschwert, wenn das Gericht den gel-

(11) BGH NJW 1968, 2055 re. Spalte

(10) a. a. O. S. 98

tend gemachten Anspruch rechtlich nur anders zugeordnet habe, als dies in der Klage geschehen sei.

Hier zeigt sich deutlich, daß der Bundesgerichtshof nur einer gewissen Begriffsverwirrung erliegt. Will er den sachlichen Nachteil des Rechtsmittelführers doch durch einen Vergleich des rechtskraftfähigen Urteilsinhaltes mit dem Klagebegehren feststellen. In der Tat handelt es sich um keinen Fall, bei dem es auf den Theorienstreit ankäme. Materielle wie formelle Beschwer führen zum gleichen Ergebnis, beide sind zu verneinen. Eine formelle Beschwer liegt nicht bereits dann vor, wenn der Urteilstenor nicht vollständig mit dem Klageantrag übereinstimmt. Er muß vielmehr in einem Punkt hinter dem Klagebegehren zurückbleiben, der der Dispositionsbefugnis der Parteien unterliegt. Nimmt der Kläger den Rechtsgrund seines Anspruches mit in seinen Klageantrag auf, so überschreitet er damit seine Dispositionsbefugnis, da er nur über sein Klageziel, nicht aber über die Entscheidungsgründe disponieren kann. Nun ist es in Scheidungsklagen üblich und angezeigt, den Scheidungsgrund in den Klageantrag aufzunehmen, weil es Scheidungsgründe mit unterschiedlichen Rechtsfolgen gibt. Der Kläger kann aber nicht den Klagegrund zu seinem Prozeßziel machen, sondern nur dessen Rechtsfolgen. Es ist allerdings wesentlich einfacher, einen Scheidungsgrund zu nennen, als dessen komplexe Rechtsfolgen.

Gibt es aber rechtlich gleichwertige Scheidungsgründe, so gilt auch hier, daß das Gericht darin frei ist, auf welche Gründe es sein Urteil stützen will. Das Urteil kann nicht lediglich zu dem Zweck angefochten werden, diese Gründe durch andere zu ersetzen. Man sollte bei rechtlich gleichwertigen Anträgen gar nicht von einem Eventualverhältnis sowie von Haupt- und Hilfsantrag sprechen.

b) beim Nichturteil und beim wirkungslosen Urteil?

Ebensowenig liegt ein Fall der materiellen Beschwer ohne formelle Beschwer vor, wenn man ein Rechtsmittel gegen ein Nichturteil oder ein wirkungsloses Urteil zuläßt, wie Ohndorf (12) meint. Hier fehlt es nämlich eigentlich an jeglicher Beschwer. Das Rechtsmittel ist nur zuzulassen, um den Rechtsschein zu beseitigen.

c) beim verdeckten Teilurteil?

Schließlich kann Ohndorf auch im Falle des verdeckten Teilurteils (13) nicht gefolgt werden. Ein verdecktes Teilurteil liegt vor, wenn das Gericht ein Urteil erläßt, das eigentlich Vollurteil sein soll, aber versehentlich über einen Teil des erhobenen Anspruchs nicht entscheidet.

Beispiel:

Der Kläger verfolgt Ansprüche aus einem Kraftfahrzeugschaden. Er beantragt Ersatz der Reparaturkosten in Höhe von DM 2600,--, der Mietwagenkosten von DM 900,-- und des merkantilen Minderwertes von DM 250,--. Im Urteil werden Reparatur- und Mietwagenkosten zuerkannt. Der merkantile Minderwert wird vom Gericht übersehen.

Kuchinke (14) hält hier ein Rechtsmittel für zulässig. Dem tritt Ohndorf (15) zu Recht entgegen. Der Kläger kann den übergangenen Anspruch im Urteilergänzungsverfahren nach § 321 ZPO oder nach Ablauf der dafür vorge-

(12) a. a. O. S. 99 f.

(13) a. a. O. S. 100 ff.

(14) Schönke-Kuchinke, § 76 II 3 (S. 378)

(15) ebenso Bettermann, ZFP 82, 37 (III 2 a)

sehenen Frist durch erneute Klage geltend machen. Für ein Rechtsmittel fehlt also jedenfalls das Rechtsschutzbedürfnis, weil ein einfacherer Weg offensteht (16). Nach Ohndorf (17) ist das Rechtsmittel schon deshalb unzulässig, weil es an einer materiellen Beschwerde fehlt. Da nach seiner Ansicht (18) gleichzeitig eine formelle Beschwerde vorliegt, zieht er diesen Fall als Beweis dafür heran, daß es maßgeblich auf die materielle Beschwerde ankommt. Abgesehen davon, daß es zweifelhaft erscheint, ob man eine formelle Beschwerde annehmen muß, soweit über einen Antrag überhaupt nicht entschieden wurde (19), führt hier auch der formelle Beschwerbegriff zu dem richtigen Ergebnis. Denn die Rechtsmittelvoraussetzung der Beschwerde (sei sie formell oder materiell) macht das Rechtsschutzbedürfnis als Rechtsmittelvoraussetzung nicht entbehrlich. Dieses fehlt hier in einer typischen Ausprägung, da eine einfachere Verfahrensart zur Verfügung steht.

d) bei Prozeßabweisung und Zurückverweisung

Nach ständiger Rechtsprechung (20) ist ein Rechtsmittel des Beklagten zuzulassen, wenn die Klage als unzulässig, statt als unbegründet abgewiesen wird. Der Beklagte ist

(16) Brox, a. a. O. ZZP 81, 409 (IV 2 e)

(17) a. a. O. S. 102

(18) Das ergibt sich aus der Kapitelüberschrift § 9 I.

(19) Diese Frage wird in Kap. III 3 b beantwortet. Hier kommt es auf sie nicht entscheidend an.

(20) BGH 28, 249, RG Gruch. Beitr. 46 (1902), 1088, und RG SeuffA 79 (1925) Nr. 133 S. 217 nehmen materielle Beschwerde an, die sie aber darin sehen, daß dem Antrag des Beklagten nicht voll entsprochen wurde. Rosenberg-Schwab, § 137 II 3 a, bejahen formelle Beschwerde. A. Blomeyer, Festschrift f. Fragistas, S. 473 f., hält eine materielle Beschwerde für gegeben und ausreichend. Ebenso Bettermann, a. a. O. ZZP 82, 35 f.; Schönke-Kuchinke, § 76 II 3 (S. 379).

formell beschwert, da seinem Antrag auf Klageabweisung, der als Antrag auf Sachabweisung aufzufassen ist, nicht voll entsprochen wurde. Hinter der formellen Beschwer stehen ausnahmsweise keine nachteiligen Rechtskraftwirkungen, sondern rein prozessuale Nachteile. Nach der bisherigen Definition der materiellen Beschwer kann nur durch nachteilige Entscheidungswirkungen im prozeßrechtlichen Sinne eine Beschwer begründet werden, also durch die materielle Rechtskraft, die Gestaltungswirkung, die Vollstreckbarkeit, die Präklusionswirkung, die Interventionswirkung, die Tatbestandswirkung und die Bindungswirkung bei Zurückverweisung (21). Sonstige Auswirkungen der Entscheidung gehören nicht dazu. Bleibt man bei dieser Begriffsbestimmung der materiellen Beschwer, so wäre hier eine materielle Beschwer zu verneinen. Damit wäre ein Rechtsmittel ohne materielle Beschwer nur aufgrund formeller Beschwer zulässig und ein Beweis für die Maßgeblichkeit der formellen Beschwer erbracht.

Dieser Beweis setzt jedoch voraus, daß erstens unser materieller Beschwerbegriff zutrifft und zweitens der Rechtsprechung im Ergebnis zuzustimmen ist. Es wurde bereits dargetan (22), daß die materielle Beschwer gerade die Aufgabe hat, Rechtsmittel zu unterbinden, die nur dazu dienen, Widerklage zu erheben oder die Klage zu erweitern. Dies wurde damit begründet, daß Rechtsmittel Nachteile abwehren sollen, die einer Partei durch ein Urteil zugefügt werden. Sie sind aber nicht erforderlich, um eine Partei weitere Vorteile erstreiten zu lassen, die sie auch in einem weiteren erstinstanzlichen Verfahren erringen kann. Galt dies oben für den Kläger und Widerkläger, der seine weitergehenden Ansprüche auch durch erneute Klageerhebung verfolgen konnte, so drängt sich hier aus dem Grundgedanken der materiellen Beschwer,

(21) so auch Brox, a. a. O. S. 386

(22) Kap. II 2

nämlich Abwehr nachteiliger Urteilswirkungen, eine Parallele beim Beklagten auf. Der Beklagte kann ein abweisendes Sachurteil auch noch nach Erneuerung der Klage und Behebung des (möglicherweise nur vermeintlichen) Zulässigkeitsmangels erreichen (23).

Natürlich liegt hier der Einwand nahe, der Beklagte habe es ja nicht in der Hand, ob die Klage erneuert werde. Diesem Einwand kann aber gerade nur die formelle Theorie gerecht werden. Dies wird sich übrigens auch noch in einem späteren Kapitel (24) erweisen, in dem festgestellt werden wird, daß keine Partei ein zulässiges Rechtsmittel einlegen kann, um einen zeitlich begrenzt "haltbaren" Abweisungsgrund, wie z. B. fehlende Fälligkeit, durch einen "dauerhafteren" zu ersetzen. Auch im vorliegenden Falle handelt es sich um dasselbe Problem. Denn der Nachteil eines bloßen Prozeßurteils liegt für den Beklagten gerade darin, daß sich Zulässigkeitsmängel häufig beheben lassen und damit die Erneuerung der Klage zu befürchten ist. Wollte man den Begriff der materiellen Beschwer auch auf solche Nachteile ausweiten, so müßte man auch Klagen zum "Austausch" sachlicher Abweisungsgründe zulassen. Es ist also jedenfalls vorläufig an der gewählten Definition der materiellen Beschwer festzuhalten.

Als zweite Voraussetzung, um die Maßgeblichkeit der formellen Beschwer nachzuweisen, wurde bereits genannt, daß zu überprüfen ist, ob mit der Rechtsprechung Rechtsmittel des Beklagten gegen abweisende Prozeßurteile zuzulassen sind. Aus § 271 ZPO läßt sich entnehmen, daß der Beklagte, der sich ja nicht dagegen wehren kann, mit einer Klage überzogen zu werden, nach Verhandlung zur

(23) Handelt es sich um einen unbehebbarer Zulässigkeitsmangel, so wird man das Rechtsschutzbedürfnis des Beklagten ohne weiteres verneinen können.

(24) Kap. VIII. 1. b. aa)

Hauptsache einen prozessualen Anspruch auf Sachentscheidung hat. Zwar ergibt sich aus § 271 ZPO nur, daß die Sachentscheidung dem Beklagten nicht durch Klagerücknahme, also durch den Kläger, einseitig entzogen werden kann. Es liegt jedoch in der gleichen Richtung, wenn die Rechtsprechung im Einklang mit der formellen Theorie annimmt, daß das Gericht auch durch irrtümliche Verneinung einer Prozeßvoraussetzung dazu nicht in der Lage sein darf (25).

Gleiches gilt in den Zurückverweisungsfällen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung (26), daß ein Urteil, das aufhebt und zurückverweist, die Partei beschwert, die einen auf endgültige Erledigung des Rechtstreits gerichteten Sachantrag gestellt hat. Der Rechtsmittelführer kann hier der Kläger oder der Beklagte der Vorinstanz sein. War er in der Vorinstanz unterlegen, so bringt das aufhebende und zurückverweisende Urteil keine nachteiligen Entscheidungswirkungen mit sich. Darauf, daß es nicht noch günstigere Wirkungen hat, kommt es nach der materiellen Theorie nicht an. Das Anfechtungsrecht läßt sich daher nur mit der formellen Theorie erklären. Dahinter steht interessennmäßig, daß dem Rechtsmittelführer eine Handhabe gegeben werden soll, eine Verzögerung der Sachentscheidung zu verhindern, wenn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts eine weitere Verhandlung nicht mehr erforderlich ist. Damit wird zugleich der Gefahr entgegengewirkt, daß die Berufungsgerichte zurückverweisen, um sich Arbeit zu ersparen.

Ergebnis: Die formelle Beschwer sichert den Rechtsschutzanspruch der Parteien als einen Anspruch auf Sachent-

(25) Dieses "Recht" des Beklagten auf Sachentscheidung wurde von der Rechtsprechung auch bei der einseitigen Erledigungserklärung durch den Kläger als Leitlinie genommen, wobei dort allerdings hinzukommt, daß durch ein Absehen von der Entscheidung in der Hauptsache der Beklagte einer Kostenentscheidung gem. § 91 a ZPO ausgesetzt wäre.

(26) BGH 31, 358 (361); RG 90, 238; 102, 217; JW 1926, 1452.

scheidung. Hier zeigt sich ein zweiter Aspekt des formellen Beschwerbegriffs. Erschien sie bisher nur als ein Hindernis für den Rechtsmittelführer, so läßt sie in den Fällen der Klageabweisung als unzulässig und der Zurückverweisung Rechtsmittel zu, die in der Lehre von der materiellen Beschwer keinen Platz haben. Oben (27) haben wir das Verhältnis von formeller und materieller Beschwer dahin gekennzeichnet, daß die formelle Beschwer in der Regel der Rechtsmittelvoraussetzung "Beschwer" nur ein zusätzliches Element hinzufügt: Die materiell beschwerende Entscheidung darf vom Rechtsmittelführer nicht selbst beantragt worden sein. Nunmehr können wir feststellen, daß der formelle Beschwerbegriff auch die Zulässigkeit bestimmter Rechtsmittel zu begründen vermag.

3. Formelle Beschwer und Prozeßanträge

Die Maßgeblichkeit des formellen Beschwerbegriffs erscheint zunächst auch in den Fällen zweifelhaft, in denen ein Sachantrag mit einem "prozessualen" Antrag im Eventualverhältnis gestellt wird. Das ist der Fall, wenn in erster Linie Prozeßabweisung und hilfsweise Sachabweisung beantragt wurde und sich das Gericht nicht an diese Reihenfolge, die ihm der Beklagte "vorschreibt", hält. Um diese Fälle richtig einordnen zu können, ist das Verhältnis von formeller Beschwer und Prozeßanträgen zu erörtern.

Prozeßanträge zielen in der Regel nicht auf eine rechtsmittelfähige Entscheidung ab. Wird ihnen nicht stattgegeben, so wirkt sich dies nicht notwendig auf die Entscheidung aus, die die Instanz abschließt.

(27) I 1 und V einleitend

Beispiele:

Wird ein Verdagungs-, Aussetzungs- oder Beweis-
antrag abgelehnt, so kommt dem ablehnenden Be-
schluB keine bindende präjudizielle Wirkung für
das Endurteil zu. Zwar kann man aus der Ablehnung
häufig schließen, daß das Gericht bestimmte Tat-
sachen nicht für entscheidungserheblich hält und
kann dann u. U. voraussehen, wie das Gericht ent-
scheiden wird. Das Gericht kann aber auch zu dem
von dem Antragsteller gewünschten Ergebnis kom-
men, obwohl es den Ausgang eines anderen Verfah-
rens oder die unter Beweis gestellten Tatsachen
nicht als entscheidungserheblich ansieht. Außer-
dem steht es dem Gericht frei, von der Rechtsmei-
nung, die einem VerfahrensbeschluB zugrunde lag,
wieder abzurücken.

Daraus ergibt sich, daß bloßen Verfahrensbeschlüssen kei-
ne der Wirkungen zukommt, die bei instanzbeendenden
Entscheidungen mindestens eine Partei beschweren. Er-
gehen solche Beschlüsse von Amts wegen, so können sie
auch nicht formell beschweren, und zwar selbst dann
nicht, wenn ein "Antrag" gestellt war, denn dieser ist
nur eine Anregung an das Gericht. Aber auch soweit ein
Antrag erforderlich ist, wie z. B. für einen Beweisbe-
schluB, bewirkt die Ablehnung keine formelle Beschwer,
soweit das Gericht damit noch nicht zum Prozeßbegehren
Stellung nimmt. Fraglich ist nur, ob es dem Wesen der
Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung entspricht, daß
sie auch durch solche "prozessualen" Anträge herbeige-
führt wird, die auf Instanzbeendigung abzielen. Dazu
könnte man den Antrag auf Abweisung der Klage als unzu-
lässig und den Antrag auf Aufhebung des vorinstanzli-
chen Urteils und Zurückverweisung der Sache zählen.

- a) formelle und materielle Beschwer, wenn dem hilfsweise gestellten Sachantrag, nicht aber dem prozessualen Hauptantrag stattgegeben wird

Beispiele:

Der Hauptantrag des Beklagten lautet auf Abweisung der Klage als unzulässig. Hilfsweise wird Abweisung als unbegründet beantragt. Es erfolgt Sachabweisung.

In der Berufungsinstanz beantragt der Berufungskläger in erster Linie Aufhebung und Zurückverweisung, hilfsweise Sachabweisung. Auch hier ergeht ein abweisendes Sachurteil.

Wollte man die genannten "prozessualen" Hauptanträge, da sie ebenso wie die Sachanträge auf eine Instanzbeendigung abzielen, zur Feststellung einer formellen Beschwer heranziehen, so wäre in beiden Fällen eine formelle Beschwer gegeben. Die materielle Beschwer ist dagegen zu verneinen, da den Sachurteilen keine dem Beklagten und Berufungskläger nachteiligen Entscheidungswirkungen zukommen. Ein Bedürfnis für die Zulassung eines Rechtsmittels des Beklagten ist hier offensichtlich nicht gegeben. Dies gilt sogar dann, wenn der Beklagte Prozeßabweisung wegen Prozeßunfähigkeit des Klägers begehrt hat. Denn die Wiederaufnahmegefahr ist jedenfalls geringer als die Gefahr der ordnungsgemäßen Erneuerung der Klage (28). Hier scheint also das Fehlen der materiellen Beschwer maßgebend für die Unzulässigkeit des Rechtsmittels zu sein. A. Blomeyer (29) nimmt demgemäß eine Ausnahme vom Prinzip der formellen Beschwer an. Dieses bleibt jedoch tatsächlich voll gewahrt. Vielmehr erweist sich der Ausgangspunkt, die genannten "prozessualen" Anträge den Sachanträgen der Parteien für die Bestimmung der formellen Beschwer gleichzustellen, als unrichtig.

(28) so richtig Bettermann, a. a. O. ZZP 82, 36 gegen RG 126, 263

(29) a. a. O. Festschrift f. Fragistas S. 472 f.

Das Prinzip der formellen Beschwer ist immer im Zusammenhang mit der Dispositionsbefugnis der Parteien zu sehen. Die Parteien können nur insoweit formell beschwert werden, als sie Anträge im Rahmen ihrer Dispositionsbefugnis gestellt haben. Das hat sich bereits im vorangehenden Kapitel gezeigt. Dort wurde festgestellt: Der Scheidungskläger wird nicht formell beschwert, wenn das Urteil nach dem Scheidungsgrund des Hilfsantrages erkennt und dieser mit dem Scheidungsgrund im Hauptantrag rechtlich gleichwertig ist. Das Gleiche gilt, wenn der Beklagte das Gericht dadurch in der Wahl der Entscheidungsgründe beschränken will, daß er in erster Linie begehrt, die Klage wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung abzuweisen. Maßgeblich ist seine Stellungnahme zum Klagebegehren nur, soweit er Abweisung begehrt oder (ggf. teilweise) anerkennt.

Nichts anderes gilt für den Antrag auf Aufhebung und Zurückverweisung. Auch er stellt lediglich eine Anregung an das Gericht dar, deren Nichtberücksichtigung keine formelle Beschwer begründen kann. Dem für die formelle Beschwer maßgeblichen Antrag auf Abweisung der Klage wurde durch das Urteil voll Rechnung getragen.

Wird also dem hilfsweise gestellten Sachantrag einer Partei, nicht aber deren prozessualen Hauptantrag stattgegeben, so ist diese Partei weder materiell noch formell beschwert. Beide Beschwerbegriffe führen zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels dieser Partei.

- b) formelle und materielle Beschwer, wenn dem prozessualen Hauptantrag, nicht aber dem hilfsweisen Sachantrag stattgegeben wird

Überprüfen wir nun die soeben getroffenen Feststellungen an folgendem Fall aus der Rechtsprechung des Bundes-

gerichtshofs (30):

Eine Klage auf Feststellung der Vertragsgültigkeit war vom Landgericht mangels Feststellungsinteresse abgewiesen worden. Mit der Berufung hatte der Kläger Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung beantragt und nur hilfsweise seinen Feststellungsantrag gestellt. Das Oberlandesgericht hatte zurückverwiesen. Der Bundesgerichtshof bejahte die Beschwer des Klägers, der rügte, daß das Oberlandesgericht seinem Feststellungsbegehren nicht entsprochen hatte.

Ein ähnlicher Fall wurde bereits (31) besprochen. Dort wurde festgestellt: Das Zurückverweisungsurteil beschwert beide Parteien formell, da es hinter dem auf Sachurteil gerichteten Begehren zurückbleibt. Hier verlangt der Kläger aber selbst in erster Linie Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung. Liegt dann überhaupt eine Beschwer vor und, wenn ja, handelt es sich um eine formelle oder eine materielle?

Der Bundesgerichtshof sah die materielle Beschwer in folgendem: Zwar habe der Kläger in erster Linie die Aufhebung und Zurückverweisung beantragt; dieser Antrag sei aber reiner Prozeßantrag und damit bloße Anregung an das Berufungsgericht; "materiell" sei der Kläger dennoch beschwert, weil er sein wahres Ziel, die Verurteilung nach dem Sachantrag, nicht erreicht habe (32).

Baur (33) hat der Entscheidung widersprochen, weil es auch für die Beschwer durch eine Entscheidung über prozessuale Fragen auf die Anträge der Parteien ankomme.

(30) BGH NJW 1965, 441 = MDR 1965, 380 = JZ 1965, 185 mit abl. Anm. Baur; zustimmend A. Blomeyer, Festschrift f. Fragistas, S. 464 ff.

(31) Kap. V 2 d

(32) Die gleiche Begründung geben bereits RG 14, 355 (356 f.) und RG JW 1899, 179.

(33) JZ 1965, 185

Baur würde hier also mangels formeller Beschwer ein Rechtsmittel nicht zulassen.

Dagegen bringen A. Blomeyer und Bettermann (34) vor, man könne den späteren Rechtsmittelführer nicht dafür bestrafen, daß er Prozeßanträge gestellt habe, wo das Gericht ohnehin von Amts wegen zu entscheiden habe. Bettermann sieht die formelle Theorie widerlegt; A. Blomeyer möchte eine Ausnahme zugunsten der materiellen Beschwer anerkennen. Beides ist nicht gerechtfertigt.

Allerdings ist ihnen darin zuzustimmen, daß es entscheidend auf die Sachanträge ankommt. Das steht aber mit der Lehre von der formellen Beschwer im Einklang. Die formelle Beschwer ergibt sich nach unserer Definition aus dem Vergleich des Entscheidungsinhalts mit dem "Prozeßbegehren". Dieser Definitionsbestandteil muß hier seinerseits näher bestimmt werden. Es zeigt sich erneut der innere Zusammenhang zwischen formeller Beschwer und der Verantwortung der Parteien für ihre Sachanträge. Diese Verantwortung knüpft an die Dispositionsbefugnis der Parteien an. Soweit die Parteien disponieren dürfen, wird ihnen zugleich die Verantwortung für ihr Handeln auferlegt, und zwar unabhängig von irgendeinem Verschulden. Diese Verantwortung geht aber auch nicht weiter, als die Dispositionsfreiheit der Parteien reicht. Anträge auf Prozeßabweisung oder Zurückverweisung sind nicht Ausdruck der Dispositionsbefugnis. Prozeßbegehren im Sinne der Definition der formellen Beschwer ist daher nur dasjenige Begehren, das über den Streitgegenstand disponiert. Interessenmäßig ist der Argumentation des Bundesgerichtshofs, Bettermanns und von Brox zuzustimmen. Der Beklagte, der Prozeßabweisung beantragt, kann nicht anders behandelt werden, als wenn er nur "Bedenken" an der Zulässigkeit der Klage äußert. Denn im zwei-

(34) so A. Blomeyer, Festschrift f. Fragistas, S. 473 und Bettermann, a. a. O. ZZP 82, 35

ten Falle ist er durch ein Prozeßurteil - wie im vorangegangenen Abschnitt a) dargetan - formell beschwert und deshalb anfechtungsberechtigt. Irreführend ist freilich, daß der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang davon spricht, der Kläger sei "materiell" beschwert, weil er sein wahres Prozeßziel, die Verurteilung nach dem Sachantrag, nicht erreicht habe. Auch A. Blomeyer erliegt dem gleichen Mißverständnis, wenn er hier von der formellen Beschwer zugunsten der materiellen Beschwer eine Ausnahme machen will. Dabei obwaltet offenbar ein doppeltes Mißverständnis. Die "materielle" Beschwer wird bejaht, weil "materielle" im Sinne von substantiellen, erheblichen Nachteilen bejaht werden sollen. Eine "formelle" Beschwer wird verneint, weil "formal" dem Hauptantrag entsprochen wurde. Diese mißverständliche Begriffsbildung wird bei dem Begriff der "materiellen" Beschwer bereits vielfach beklagt (35), ohne daß die sich daraus ergebende Fehlerquelle immer umgangen wird. Hier zeigte sich, daß auch der Begriff "formelle" Beschwer der näheren Bestimmung bedarf.

Ebenso läßt sich Baur's Ansicht nicht halten, der den Zusammenhang zwischen formeller Beschwer und Verantwortung der Parteien für ihre Anträge zwar grundsätzlich bejaht, aber nicht auf den Bereich beschränkt, in dem die Parteien von ihrer Dispositionsbefugnis Gebrauch machen.

Richtig ist also auch hier: Das Zurückverweisungsurteil beschwert beide Parteien formell, da es hinter dem auf Sachentscheidung gerichteten Begehren jeder Partei zurückbleibt. Daran ändert es nichts, wenn eine Partei im "Hauptantrag" selbst Zurückverweisung beantragt. Insoweit handelt es sich nur um eine Anregung an das Gericht und nicht um ein Prozeßbegehren, wie es der formellen Beschwer zum Maßstab dient. Denn dieses "Begehren" ist von der Dispositionsbefugnis nicht gedeckt.

(35) Vgl. Ohndorf, a. a. O. S. 85; Ascher, a. a. O. MDR 1953, 585 (li. Sp.); Brox, a. a. O. ZZP 81, 411 f.

VI. Sinn und Zweck der formellen Beschwer

Im vorangegangenen Kapitel V standen die Einzelfälle im Vordergrund, an denen sich allein der Begriff der formellen Beschwer bewährte. Im Kapitel II wurden die einzelnen Funktionen dargestellt, denen die materielle und die formelle Beschwer in gleicher Weise gerecht werden. Wegen der sich daraus ergebenden Überlegenheit des formellen Beschwerbegriffs ist dieser im weiteren zugrunde zu legen, soweit er nicht wesensmäßig bei Fehlen eines Dispositionsaktes unanwendbar ist. Der Nachweis eines Bedürfnisses für die Rechtsmittelvoraussetzung der formellen Beschwer anhand einzelner Fälle befriedigt aber noch nicht. Es stellt sich die Frage, ob das Beschwererfordernis nicht aus allgemeinen Rechtsgedanken abzuleiten ist.

1. Ergibt sich der Zweck der formellen Beschwer aus dem Zweck der Rechtsmittel oder dem Grundsatz der Prozeßökonomie?

Es liegt nahe, den Zweck der formellen Beschwer aus dem Zweck der Rechtsmittel ableiten zu wollen. Baur (1) führt als solche Zwecke an: die Allgemeininteressen der Fortbildung des Rechts und der Sicherung einer einheitlichen Gesetzesauslegung sowie die Individualinteressen der Parteien. Beide Interessengruppen hätten jedoch ihre Grenzen. Für die Beschränkung des Instanzenzuges sprächen die Rücksichtnahme auf die personellen und finanziellen Möglichkeiten des Staatsapparates und die Belange des Rechtsmittelgegners, der seine durch das Urteil geschaffene Rechtsposition nicht auf unabsehbare Zeit gefährdet sehen möchte. Das Zivilprozeßrecht berücksichtige deshalb bei der Eröffnung einer weiteren Instanz die im

(1) a. a. O. Festschrift f. Lent S. 6

Streit stehenden Vermögensinteressen (Erfordernis einer Beschwerdesumme), lasse hiervon jedoch wieder Ausnahmen zu, wenn das Allgemeininteresse dies fordere (§§ 511 a IV, 547, 546 ZPO: Zulassungsrevision). Wenn Baur (2) dann zusammenfassend ausführt, der Rechtspflegeapparat dürfe nicht uferlos ausgedehnt und der Rechtsfrieden müsse möglichst rasch wiederhergestellt werden, so ist Brox (3) einzuräumen, daß sich eine Begründung der formellen Theorie allein daraus nicht ergibt. Es geht ja gerade nicht um eine Einschränkung der Rechtsmittel um jeden Preis. Auch ist das Erfordernis der materiellen Beschwer bereits in der Lage, Rechtsmittel, die nur die Abänderung der Entscheidungsgründe oder eine Klageerweiterung bezwecken, zurückzuhalten. Es müssen hier Gesichtspunkte gesucht werden, die gerade die formelle Beschwer als rechtsmitteleinschränkendes Kriterium zu stützen vermögen.

Hilft es weiter, wenn man den obigen Ausgangspunkt, die formelle Beschwer vom Zweck der Rechtsmittel her verstehen zu wollen, dahin differenziert, daß man Berufungs- und Revisionszweck unterscheidet (4)? Die Revision dient in besonderem Maße den Zwecken der Rechtseinheit und der Rechtsfortbildung. Dagegen treten die Interessen der Parteien zurück. Sie rechtfertigen in der Regel die Gewährung einer Revisionsinstanz nur, wenn die Beschwer einen erheblichen Betrag erreicht. Ansonsten muß die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung haben (§ 546 ZPO). Aber auch dann muß eine Beschwer vorliegen, die allerdings keine bestimmte Summe zu erreichen braucht. Denn allein das Streben nach Rechtseinheit und Rechtsfortbildung rechtfertigt kein Rechtsmittel. So ist eine Revision gegen einzelne Entscheidungsgründe eines oberlandesgerichtli-

(2) ebenda S. 10

(3) a. a. O. ZZP 81, 401

(4) so H.-E. Henke in der Diskussion auf der Zivilprozeßrechtslehrentagung 1968, siehe JZ 1969, 36

chen Urteils nicht zulässig, seien diese rechtlich noch so bedeutsam. Brox (5) führt daher zutreffend aus: Aus dem "Berufungs"- oder "Revisionsprinzip" lasse sich für die Beschaffenheit der Beschwer nichts herleiten. Diese Prinzipien sagten nur etwas darüber aus, auf Grund welchen Sachverhalts die Rechtsmittelinstanz ihre Entscheidung treffe. Die hier interessierende Frage, unter welchen Voraussetzungen den Parteien der Weg in die Rechtsmittelinstanz eröffnet werde, sei davon unabhängig.

Ebensowenig kann man das Problem mit dem Grundsatz der Prozeßökonomie lösen (6); denn diesem Gedanken wäre Rechnung getragen, wenn dem siegreichen Kläger die Einlegung eines Rechtsmittels nur zu dem Zweck gestattet würde, seinen Klageantrag zu erweitern (7). Der Grundsatz der Prozeßökonomie setzt sich in der Tat auch durch, wenn eine Partei zulässigerweise Berufung eingelegt hat und nun ihren Klageantrag erweitert (§§ 523, 268 ZPO) oder zum Zwecke der Klageerweiterung - ohne eigene Beschwer! - sich der vom Gegner eingelegten Berufung anschließt (§ 521 ZPO): Anschlußberufung), obwohl bezüglich des neu eingeführten Teils des Streitgegenstandes dem Gegner dadurch eine Instanz genommen wird.

2. Die formelle Beschwer als Ausfluß der Dispositionsmaxime

Es gilt daher das Charakteristikum der formellen Beschwer zu erfassen, daß nämlich der Rechtsmittelführer an seinem Sachantrag in der Vorinstanz festgehalten wird. Wurde diesem Antrag voll stattgegeben (7a),

- (5) a. a. O. ZZP 81, 401 N. 76; ebenso Ohndorf, a. a. O. S. 58 f.
- (6) so richtig Baur, a. a. O. S. 10
- (7) Die prozessuale "Einsparung" ergäbe sich daraus, daß der Anspruchsgrund nicht noch einmal von Anfang an dargelegt, bewiesen und festgestellt zu werden brauchte.
- (8) oder bei vermögensrechtlichen Ansprüchen so weit stattgegeben, daß ihm weniger als die Beschwerdesumme abgesprochen wurde.

so soll er nicht in die nächste Instanz gehen dürfen, um dort ein anderes Prozeßziel zu verfolgen. Die formelle Beschwer kann sonach nur ein Ausfluß der Dispositionsmaxime sein. Sie ist als Kehrseite der Dispositionsbefugnis Ausdruck der Verantwortung der Parteien für ihre Sachanträge.

Welche Stellungnahmen geben die Vertreter der materiellen Theorie zu dieser Frage ab? Brox (8) klammert diesen Gesichtspunkt einfach aus. Es habe nichts mit der Beschwer zu tun, ob das Verhalten des Klägers in der Berufungsinstanz eine mißbräuchliche Rechtsausübung darstelle, ob es eine mangels Sachdienlichkeit unzulässige Klageänderung sei, statt Scheidung ohne Schuldausspruch gem. § 48 EheG mit dem Rechtsmittel, eine Scheidung aus Verschulden gem. §§ 42, 43 EheG zu begehren, oder ob neue Tatsachen und Beweismittel nicht gem. § 529 ZPO als verspätet zurückzuweisen seien. In seiner Zusammenfassung (9) ergänzt er diese Ausführungen noch damit, daß das Verhalten des Rechtsmittelführers wohl für das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis von Bedeutung sein könne. Damit weicht Brox in Generalklauseln und Ermessensvorschriften aus.

Bettermann (10) stellt die Frage der Verantwortlichkeit der Parteien für ihre Anträge unter den Gesichtspunkt des "venire contra factum proprium" und legt dann anhand von Beispielen dar, daß unser Prozeßrecht kein generelles Verbot widersprechenden Verhaltens kennt. So könne im Einspruchsverfahren der Beklagte, gegen den Versäumnisurteil ergangen war, die Tatsachenbehauptungen des Klägers noch in jeder Richtung bestreiten, obwohl sie bereits gem. § 331 ZPO auf Grund seiner Säumnis als zugestanden zu betrachten waren. Beim echten

(8) a. a. O. S. 411

(9) a. a. O. S. 412

(10) a. a. O. S. 48 - 50

Geständnis gem. § 289 ZPO sei unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO ein Widerruf möglich. Klage, Einspruch, Widerklage, Beschwerde, Berufung und Revision könnten bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückgenommen, also widerrufen werden. Schließlich seien alle Prozeßhandlungen, die der sie erklärenden Partei günstig sind, grundsätzlich widerruflich, und sogar die Bewirkungshandlungen, die der Partei ungünstig seien, z. B. die Zurücknahme der Klage oder der Verzicht auf eine Rüge, könnten unter den Voraussetzungen des § 580 ZPO widerrufen werden. Daraus ergibt sich in der Tat, daß unser Prozeßrecht kein generelles Verbot widersprechenden Parteiverhaltens kennt.

Es ergibt sich aber zugleich, daß es sehr wohl partielle Verbote dieser Art gibt. Gegen ein zweites Versäumnisurteil ist kein Rechtsbehelf möglich, wenn das erste Versäumnisurteil zu Recht ergangen war (§§ 345, 513 II ZPO). Der Widerruf eines Geständnisses ist nur dann beachtlich, wenn das Geständnis nachweislich durch einen Irrtum veranlaßt war (§ 290 ZPO). Die Rücknahme von Klage, Einspruch und Berufung ist nach Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache (§§ 271 I, 346, 515 I ZPO), die Rücknahme der Beschwerde nach Hinausgabe des Beschlusses nicht mehr möglich. Schließlich sind auch die Voraussetzungen des § 580 ZPO, die für die Widerruflichkeit von Prozeßhandlungen herangezogen werden, äußerst eng. Bettermanns Ansatz, von dem Rechtsgedanken des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens auszugehen, erweist sich daher als nicht gangbar, da dieser Rechtsgedanke zu allgemein gehalten ist.

Dagegen stellt Ohndorf (11) den Zusammenhang zwischen formeller Beschwer und der Verantwortung der Parteien für ihre Anträge im Rahmen ihrer Dispositionsbefugnis klar heraus. Er erkennt auch (12), daß Prozeßanträge,

(11) a. a. O. S. 103 ff.

(12) a. a. O. S. 104

da sie nicht Ausdruck der Dispositionsbefugnis sind, für die formelle Beschwer unbeachtlich sind. Schließlich gibt er auch zu (13), daß viel dafür spricht, den Beklagten für seinen Abweisungsantrag verantwortlich zu machen. Dann dienen ihm (14) aber Anerkenntnis und Verzicht als Argumente gegen die formelle Beschwer, weil er übersieht, daß eine Verurteilung aufgrund eines unwirksamen Anerkenntnisses oder eine Klageabweisung aufgrund eines unwirksamen Klageverzichts gerade nicht der Disposition der unterlegenen Partei entspricht. Das ist nur beim wirksamen Anerkenntnis und beim wirksamen Verzicht der Fall.

Außerdem rügt er, daß die formelle Theorie Tatsachenvortrag und Klageantrag ungleich behandelt (15). Er verkennt dabei, daß die Verantwortung der Parteien für ihre Anträge größer ist als für die einzelnen Elemente ihres Tatsachenvortrages. Dies ist im folgenden noch näher darzulegen.

3. Der Klageantrag als Dispositionsakt

Eine Bindung des Klägers an seinen Antrag besteht, wenn er ihn nicht mehr zurücknehmen kann. Eine Klageänderung ist gem. § 264 ZPO grundsätzlich zulässig, und zwar - abgesehen von der Einwilligung des Gegners - wenn sie "sachdienlich", d. h. prozeßwirtschaftlich (16) ist. Auch in der Berufungsinstanz ist sie nach heutigem Recht in gleichem Umfang zulässig (16a). Im Rahmen der Sach-

(13) a. a. O. S. 105

(14) a. a. O. S. 107 f. Anerkenntnis- und Verzichtsurteile sind gerade Beweise für die formelle Theorie, vgl. Kap. V 1.

(15) Vgl. das Beispiel S. 107 unten f.

(16) Baumbach-Lauterbach, § 264, 4 B.

(16a) § 264 ZPO gilt auch für die Berufungsinstanz. Früher war die Klageänderung durch den Ausschluß neuen Vorbringens gem. § 7 der 3. Vereinfachungsverordnung erschwert. Vgl. Bettermann, a. a. O. S. 50; Rosenberg-Schwab, § 140 II 4.

dienlichkeitsprüfung kann jedoch die Schwere des Instanzverlustes berücksichtigt werden (17).

Im Scheidungs- und Eheaufhebungsprozeß können neue Klagegründe, ohne daß das Gericht ihre Sachdienlichkeit prüfen darf, "bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht", geltend gemacht werden (§ 614 I ZPO). Dies ist auch in Verbindung mit der Erhebung einer Widerklage möglich (§ 614 II ZPO). Wie Bettermann (18) zuzugeben ist, erlaubt der Gesetzeswortlaut nicht die Folgerung, daß das Nachschieben von Gründen in der nächsten Instanz nicht mehr zulässig sein soll, ebenso wie § 278 I ZPO und der ihn einschränkende § 279 ZPO nichts darüber aussagen, ob die in erster Instanz verspätet geltend gemachten Angriffs- und Verteidigungsmittel noch in der Berufungsinstanz nachgeschoben werden können; denn darüber gibt allein § 529 II ZPO, im Eheprozeß § 626 ZPO Auskunft.

Allerdings kann der Kläger ohne Einwilligung des Beklagten nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache die Klage nicht mehr zurücknehmen (§ 271 I ZPO).

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß der Kläger an seine Klagedisposition nur in dem beschränkten Umfang der §§ 264, 271 ZPO gebunden ist. Im Eheprozeß sieht § 614 ZPO sogar von jeder Einschränkung beim Nachschieben von Eheaufhebungs- und Ehescheidungsgründen ab. Dabei ist vor allem für die Frage der formellen Beschwer von Bedeutung, daß in der Berufungsinstanz, und zwar weder im Eheprozeß noch sonst, das "Umdisponieren" des Klägers nicht stärker erschwert ist als in der Eingangsinstanz (19). Und doch ist mit diesen Ar-

(17) streitig, dafür Bettermann, a. a. O. S. 50 m. Nachw. in N.60 c.

(18) a. a. O. S. 50

(19) So betont Bettermann, a. a. O. S. 51 mit Recht.

gumenten noch nichts Entscheidendes gegen die formelle Beschwer gesagt. Denn es bleibt weiterhin die Frage unbeantwortet, ob nicht zu differenzieren ist: Innerhalb einer bereits eröffneten Instanz ist die Klageänderung gemäß §§ 264, 268 ZPO zulässig; nach Urteilserlaß kann die Klage nur noch dann geändert werden, wenn ein Rechtsmittel zulässig ist, wobei sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht schon aus dem Klageänderungsbegehren ergibt. Diese Differenzierung ließe sich so begründen: Der Befugnis des Klägers, das Streitprogramm festzulegen, entspricht eine Verantwortung. Mehr als bei anderem Prozeßverhalten, z. B. der Äußerung von Rechtsmeinungen, dem Tatsachenvortrag und den Beweisangeboten, kann man vom Kläger erwarten, daß er sich gründlich überlegt, welches Prozeßziel er anstrebt. Allerdings werden die Rechtslage und der Sachverhalt erst im Verlauf des Prozesses aufgeklärt, so daß sich auch für den Kläger ein neues Bild ergeben kann. Ist dieses Bild für ihn durchweg ungünstig, so muß er entweder die Folgen der rechtskräftigen Klageabweisung oder der Klagerücknahme tragen. Ergibt sich dagegen, daß er aus dem gleichen Lebenssachverhalt ein anderes Begehren hätte herleiten können, so gestattet ihm das Gesetz, sein Begehren umzustellen, wenn dies prozeßwirtschaftlich ist. Prozeßwirtschaftlich ist eine solche Umstellung nur dann, wenn sie noch innerhalb der Instanz berücksichtigt werden kann. Gleiches gilt im Falle der Erweiterung des Klageanspruchs oder der Erhebung zusätzlicher Ansprüche. Auch diese werden vor Abschluß einer Instanz noch berücksichtigt. Ein Rechtsmittel rechtfertigen sie nicht; sie können durch erstinstanzliche Klage verfolgt werden. Damit wird zwar keine Instanz eingespart, aber dem Gegner der Instanzen-zug auch bezüglich solcher Ansprüche erhalten.

Es führt daher zu interessengemäßen Ergebnissen, wenn der Klageantrag als Dispositionsakt gewertet wird, an dem der Kläger sein Rechtsmittelbegehren messen lassen muß.

4. Der Abweisungsantrag als Dispositionsakt

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs unterscheidet: Beim Kläger wird die formelle, beim Beklagten die materielle Beschwer für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gefordert. Diese Rechtsprechung hat sich stufenweise entwickelt. Voranging die bereits erörterte Entscheidung (20), die dem Kläger mit dem Rechtsinstitut der formellen Beschwer untersagte, ein Rechtsmittel nur zwecks Klageerweiterung einzulegen. Dann folgten die ersten Urteile, die sich mit dem Beklagten als Rechtsmittelführer befaßten. Sie bejahten die Beschwer des Beklagten, gegen den ein Anerkenntnisurteil ergangen war (21). Da nach Ansicht des Reichsgerichts der Beklagte in diesen Fällen, weil er seinem Anerkenntnis entsprechend verurteilt war, nicht formell beschwert wurde, mußte es sich mit der Rechtsprechung, die vom Kläger formelle Beschwer verlangte, auseinandersetzen und Grundsätze formulieren, die Allgemeingültigkeit beanspruchen konnten.

Dazu führt das Reichsgericht (22) aus: Es habe bisher die formelle Beschwer für den Kläger und in einer späteren Entscheidung für den Widerkläger verlangt. Jedoch ergäben sich als für beide Parteien anwendbare Grundgedanken daraus lediglich:

1. daß nur derjenigen Partei, welche durch ein Urteil beschwert ist, soweit als zu deren Nachteil entschieden ist, ein Rechtsmittel zusteht;

(20) RG 13 (1884), 390; vgl. Kap. II 2

(21) RG Gruch. Beitr. 37 (1893), 1232; RG JW 1914, 693 Nr. 19

(22) RG Gruch. Beitr. 37, 1232 (1234) in Auseinandersetzung mit RG 13, 390; wörtliche Wiedergabe der Leitsätze.

2. daß - unbeschadet der bei einer zulässigen Berufung gestatteten Klageerweiterung - das an sich unstatthafte Rechtsmittel nicht durch Heranziehung eines neuen Objekts statthaft werden kann (RG 13, 395).

Der zweite Grundsatz erklärt also die Rechtsmitteleinlegung zum Zwecke der Klageerweiterung für unzulässig, eine Rechtsmittelbeschränkung, die eigentlich bereits durch die materielle Beschwer erreicht wird, deren Berechtigung aber durch das gleichzeitige Fehlen der formellen Beschwer unterstrichen wird. Denn die erweiterte Klage und die Widerklage sind den Parteien kraft ihrer Dispositionsbefugnis schon in erster Instanz möglich. Machen sie davon keinen Gebrauch, so können sie nicht erwarten, daß ihnen die Rechtsmittelinstanz dazu zur Verfügung gestellt wird. Es ist sachgerecht, wenn das Reichsgericht vom Kläger und vom Widerkläger eine formelle Beschwer forderte und unberücksichtigt ließ, daß ein materieller Beschwerbegriff zum gleichen Ergebnis geführt hätte.

Der erste Grundsatz stellt dagegen nur auf die materielle Beschwer ab. Aus beiden Grundsätzen entwickelte sich eine kontinuierliche, auch vom Bundesgerichtshof fortgesetzte Rechtsprechung, daß vom Kläger eine formelle und vom Beklagten eine materielle Beschwer zu fordern sei. Diese wurde bald in Ehesachen bedeutsam. So entschied RG 100, 208: Ist in einer Ehesache voll nach dem Antrag des Klägers erkannt, so kann dieser kein Rechtsmittel einlegen. RG 123, 364: Ist die Klage abgewiesen, so kann der beklagte Ehegatte keine Berufung einlegen, um Widerklage zu erheben. RG 106, 222: Ist dagegen die Scheidungsklage durchgedrungen, so kann der Beklagte Berufung einlegen, und zwar auch nur zu dem Zweck, Widerklage zu erheben. In seiner ersten Entscheidung (23)

(23) BGH JZ 1953, 276 abl. Anm. Lent = LM Nr. 3 zu § 511 ZPO = JR 1953, 104

hat der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung einfach übernommen. In der folgenden Entscheidung (24) gab er erstmals die sehr formale Begründung, die zur Sache gestellten Anträge des Beklagten seien unerheblich, weil in dem Urteil oder dem Beschluß nur über die Klageanträge entschieden werde.

Auf die erste ablehnende Urteilsanmerkung von Lent (24a) hin wurde die Rechtsprechung von Ascher (25), einem Bundesrichter, näher begründet, wobei Ascher nachweisen konnte, daß entgegen Lents Meinung diese Rechtsprechung keinen Bruch, sondern eine Fortsetzung der Rechtsprechung des Reichsgerichts bedeutete. Allerdings muß man hinzusetzen, daß die oben als formal bezeichnete Begründung neu war. Das Reichsgericht hatte nur festgestellt, daß für den Beklagten nicht die gleichen Prinzipien wie für den Kläger gelten. Beim Kläger war bisher nur ein Teilproblem aufgetaucht, für das die Fragestellung "materielle oder formelle Beschwerde?" eigentlich noch gar nicht entscheidungserheblich war.

Für die folgende Untersuchung muß daher von der neuen Argumentation des Bundesgerichtshofs ausgegangen werden. Diese wurde von Ascher ausführlicher dargestellt. Dabei geht Ascher noch etwas weiter, indem er die Verschiedenheit des Abweisungsantrages vom Klageantrag nicht nur bezüglich der Bestimmung des Streit- und Urteilsgegenstandes (vgl. § 308 ZPO), sondern ganz allgemein behauptet. Der Abweisungsantrag soll Prozeßantrag sein, so daß für ihn alle Vorschriften der Zivil-

(24) BGH JZ 1955, 423 abl. Anm. Lent = LM Nr. 6 zu § 545 ZPO = ZZP 68, 200 = ZZP 74, 362 (z. T. ausführlicher), Anm. Habscheid = NJW 1955, 545 = FamRZ 1955, 136

(24a) siehe N. 23

(25) a. a. O. MDR 1953, 584 f.

prozeßordnung, die sich auf Sachanträge bezögen, unanwendbar seien. Ascher (26) führt aus: Beantragt der Beklagte Abweisung der Klage, wird aber trotzdem nach dem Klageantrag erkannt, so wird nicht über den Antrag der "unterliegenden Partei" (27), sondern über den des "obsiegenden Klägers" entschieden. Die "Rechtsbehauptung", über die das Urteil in seinem der Rechtskraft fähigen entscheidenden Teil erkennt, ist die des Klägers und nicht die des Beklagten. In diesem Sinne ist daher der Antrag des Beklagten kein Sachantrag, auf ihn findet weder die Vorschrift des § 297 ZPO, noch eine der anderen lediglich auf Sachanträge anwendbaren Vorschriften der §§ 308, 335 I Nr. 3, 496 IV 1, 510 a, 536, 559 ZPO Anwendung.

Ob der Abweisungsantrag des Beklagten zu den Sachanträgen gehört, ist in der Literatur (28) streitig. Der

(26) ebenda S. 584

(27) Anführungszeichen stets von Ascher

(28) Zu den Prozeßanträgen rechnen ihn: Baumbach-Lauterbach, § 297, 1 b; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 297, II 2 a. Rosenberg rechnet seit der 6. A. die Abweisungsanträge zu den Sachanträgen; vgl. 5. u. 6. A., § 60 I 1. Ebenso Rosenberg-Schwab, § 64 I 1. Wieczorek, Handausgabe, § 261 b, B III c 1, rechnet die Anträge des Beklagten ebenfalls zu den Sachanträgen, wendet jedoch gleichwohl die §§ 297, 335 I Ziff. 3 ZPO nicht auf Abweisungsanträge an. A. Blomeyer, Festschrift f. Fragistas S. 466 ff., unterscheidet Sachanträge, sachbestimmende und echte Prozeßanträge. Abweisungs- und Zurückweisungsanträge rechnet er zu den sachbestimmenden Prozeßanträgen (S. 468). Er zieht diese zur Bestimmung einer formellen Beschwer des Beklagten heran, läßt aber in einer Anzahl von Fällen eine materielle Beschwer des Beklagten und ausnahmsweise auch des Klägers genügen. Lent-Jauernig, § 72 V, äußern sich skeptisch referierend: Die Anträge des Beklagten würden als Prozeßanträge bezeichnet. Sie treten aber für formelle Beschwer auch beim Beklagten ein. Schönke-Kuchinke, § 76 II 3: Der Beklagte ist in dem Umfang beschwert, in welchem der Rechtsbehauptung des Klägers stattgegeben wird, und zwar ungeachtet eines etwaigen Abweisungsantrages, der ohnehin entbehrlich ist.

Bundesgerichtshof hat es zu Recht vermieden, sich auch nur den Anschein begriffsjuristischer Deduktion zu geben. Er erklärte lediglich (29), daß die Verlesung der rein leugnenden Gegenanträge (das sind der Abweisungsantrag sowie der Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag) nicht erforderlich, mithin § 297 ZPO auf sie nicht anwendbar sei. Dies rechtfertigt sich daraus, daß rein leugnende Gegenanträge insofern ohne Bedeutung sind, als eine Bindung des Gerichts an sie gem. § 308 ZPO praktisch nicht in Frage kommt; denn unzulässige oder unschlüssige Klagen sind auch ohne Abweisungsantrag abzuweisen; begründeten Klagen ist auch stattzugeben, wenn Abweisungsantrag gestellt ist.

Ascher (30) nimmt daher auch den § 308 ZPO als Beweis dafür in Anspruch, daß die Anträge des Klägers und des Beklagten verschieden zu behandeln seien. Dabei übersieht er, daß das Gericht jedenfalls die schlüssige, aber tatsächlich unbegründete Klage nur in dem Umfang abweisen darf, in dem Abweisungsantrag gestellt ist. Im übrigen muß ein stattgebendes Versäumnisurteil (§ 333 ZPO) oder Anerkenntnisurteil ergehen (31). Darüber hinaus weist Ohndorf (32) zu Recht darauf hin, daß das Gericht auch an den Antrag auf Abweisung der ganzen Klage insoweit gebunden ist, als es dem Beklagten ohne Widerklage neben der Abweisung keinen Gegenanspruch zuerkennen kann. So kann es z. B. die Ehe nicht aus einem dem Beklagten zustehenden Grunde scheiden, obwohl der Beklagte diesen Grund gem. § 616 S. 2 ZPO verliert, wenn die Klage lediglich seinem Antrag gemäß abgewiesen wird.

(29) BGH NJW 1965, 397. Hierauf beziehen sich Thomas-Putzo, § 297, 1 b, ungenau, wenn sie die rein leugnenden Gegenanträge zu den Prozeßanträgen rechnen.

(30) a. a. O. S. 584

(31) so richtig A. Blomeyer, Festschrift f. Fragistas, S. 467 ff.

(32) a. a. O. S. 105 Mitte

Wenig aufschlußreich sind auch die übrigen gesetzlichen Bestimmungen, die nur auf Klageanträge anwendbar sein sollen. Im Versäumnisverfahren haben der Klageantrag und der Abweisungsantrag allerdings unterschiedliche Bedeutung. Unterbleibt der Klageantrag wegen Säumnis des Klägers, so ergeht auf Antrag gem. § 330 ZPO Versäumnisurteil, und zwar unabhängig davon, ob der Beklagte seinen Abweisungsantrag bereits schriftlich angekündigt hatte. Ist der Beklagte dagegen säumig, so kann ein Versäumnisurteil nur ergehen, wenn der Klageantrag schriftlich mitgeteilt war (§ 335 I Ziff. 3 ZPO).

Dies ist gerechtfertigt, weil das Versäumnisurteil gegen den Kläger unmittelbar auf der gesetzlichen Rechtsübung (§ 330) beruht, das gegen den Beklagten sich jedoch auf die Annahme eines Geständnisses gründet (§ 331). Darum muß vom Kläger verlangt werden, daß er rechtzeitig mitteilt, warum er den Beklagten vor Gericht bringt. Hier gibt es im Hinblick auf Art, Grund und Höhe des Anspruchs so viele Möglichkeiten, daß der Beklagte ohne Kenntnis des Prozeßbegehrens sich gar nicht auf die mündliche Verhandlung vorbereiten könnte. Dagegen gibt es außer dem Fall der Säumnis nur zwei denkbare Reaktionen des Beklagten auf das Klagebegehren, nämlich den Abweisungsantrag und das Anerkenntnis. Davon kann im Zweifel mit dem Abweisungsbegehren gerechnet werden, womit sich eine Ankündigung dieses Antrags erübrigt. Damit ist aber in keiner Weise gesagt, daß ein Beklagter, wenn er sich in der mündlichen Verhandlung für das Abweisungsbegehren oder das Anerkenntnis entschieden hat, an dieser Stellungnahme zum Klagebegehren nicht festgehalten werden darf.

Die verbleibenden Vorschriften sind ebenfalls unergiebig. Bei Anträgen auf Abweisung erscheint die Zustellung gem. § 261 b und § 496 IV 1 ZPO ebenfalls deswegen entbehrlich, weil der Kläger mit diesem Antrag rechnen muß. Die Protokollierung gem. §§ 297 II, 510 a ZPO und die Verlesung gem. § 297 ZPO erübrigen sich wegen der Einfachheit des Antrags.

Die Bedeutung des Abweisungsantrags kann aber nicht isoliert vom übrigen Prozeßverhalten des Beklagten erfaßt werden (33). Denn der Beklagte begnügt sich ja nicht damit, den bloßen Abweisungsantrag zu stellen und dann im Vertrauen auf sein Recht dem Prozeß seinen Lauf zu lassen. Das würde sowohl seinem Interesse als auch seiner prozessualen Förderungspflicht widersprechen. Unter der Herrschaft des Beibringungsgrundsatzes ist der Richter nicht verpflichtet, die dem Beklagten möglicherweise zu Gebote stehenden Verteidigungsmittel von sich aus aufzugreifen. Meist ist er dazu mangels Kenntnis der außerprozessualen Vorgänge gar nicht in der Lage. Also muß der Beklagte selbst Einreden und Einwendungen vorbringen, den Tatsachenvortrag des Klägers substantiiert bestreiten, Beweise und Gegenbeweise anbieten, und er tut dies ja auch in aller Regel. Nicht selten ist es sogar so, daß das Schwergewicht der schriftsätzlichen und mündlichen Auseinandersetzung und der Beweisaufnahme auf das Verteidigungsvorbringen des Beklagten entfällt, während die Anspruchsgrundlage rechtlich und tatsächlich einfach oder gar unbestritten ist. Erkennt man, daß das Abweisungsbegehren des Beklagten nur die Konsequenz aus seiner Vorstellung von der Sach- und Rechtslage ist, die sich in seinem gesamten Prozeßverhalten ausdrückt, so kann man den Standpunkt nicht aufrechterhalten, daß es sich um einen bloß negativen Gegenantrag handelt, für den man den Beklagten nicht verantwortlich machen könne, weil er ohne jeden Einfluß auf die Entscheidung sei.

Stattdessen ist das Abweisungsbegehren eine ebenso wichtige Grundlage für den Prozeß wie das Klagebegehren. Im Parteienprozeß sind die Prozeßziele beider Parteien gleich gewichtig. Die Mitteilung des jeweiligen Prozeßziels in Gestalt des Antrags ist die wichtigste Prozeßhandlung jeder Partei.

(33) Hierauf hat bereits Lent, JZ 1955, 425, hingewiesen; ebenso Ohndorf, a. a. O. S. 105.

Unterbleibt sie, so kann das Gericht ohne weitere Sachaufklärung ein Urteil fällen. Die mitgeteilten Prozeßziele sind vom Gericht zu prüfen. Den Parteien sind sie Richtlinie für ihren Sach- und Rechtsvortrag. Die Prozeßziele können daher nicht ohne weiteres geändert werden, insbesondere wenn die Instanz bereits abgeschlossen ist. Dafür sorgt die Rechtsmittelvoraussetzung der formellen Beschwer.

Beim Beklagten kommt hinzu, daß er es einfacher hat, sein Prozeßziel zu bestimmen. Er muß sich nur darüber klar werden, ob und, falls ja, inwieweit er sich dem Begehren des Klägers widersetzen will oder ob er anerkennt. Von dieser grundsätzlichen Entscheidung kann er sich nach Abschluß der Instanz mangels formeller Beschwer nicht mehr lösen. Mit dem auf sein wirksames Anerkenntnis ergehenden Anerkenntnisurteil endet daher der Rechtsstreit. Begehrt der Beklagte dagegen Klageabweisung, so ist er im Rahmen dieses Prozeßbegehrens durch die formelle Beschwer nicht beschränkt. Er kann das stattgebende Urteil also damit anfechten, daß er bisher nicht Bestrittenes bestreitet, neue Beweise anbietet oder andere Einwendungen erhebt, soweit dem nicht andere Prozeßvorschriften entgegenstehen. Die formelle Beschwer hindert den Beklagten nur daran, ein Rechtsmittel einzulegen, um allein Widerklage zu erheben.

Zusammenfassung für den Kläger und den Beklagten:

Die Prozeßziele der Parteien erhalten zwar dadurch ihr besonderes Gewicht, daß sie Richtschnur für das gesamte Prozeßverhalten der Parteien sind. Das heißt aber nicht, daß die Parteien an jedes Element ihres Sach- oder Rechtsvortrages in gleicher Weise gebunden sind. Allerdings gibt es auch insoweit gewisse Beschränkungen, etwa die erschwerte Widerruflichkeit des gerichtlichen Geständnisses (§ 290 ZPO) oder die Möglichkeit Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie Beweismittel (§§ 279, 279a

283 ZPO), insbesondere im Berufungsverfahren gemäß § 529 ZPO, als verspätet zurückzuweisen. Die Zurückweisung als verspätet setzt aber voraus, daß das Vorbringen grob nachlässig bisher unterblieben ist. Das bedeutet, daß die Parteien ihren Sachvortrag grundsätzlich ergänzen oder ändern können, und zwar auch noch in der Berufungsinstanz. Es wird den Parteien also zugebilligt, daß ihr Sachvortrag gelegentlich fehlerhaft ist und der Änderung oder Ergänzung bedarf. Dabei muß jedoch eine Grenze gewahrt werden: Der neue Sachvortrag muß entweder dem alten Prozeßziel dienen oder sich in den Grenzen halten, die die §§ 264, 268 ZPO und die Rechtsmittelvoraussetzung der Beschwer ziehen. Die Rechtsmittelvoraussetzung der Beschwer ist dabei Ausdruck einer Zäsur zwischen den Instanzen, die - wenn das Rechtsmittel nicht bereits aufgrund einer anderweitigen Beschwer zulässig ist - die Parteien hindert, ein neues Prozeßziel anzugeben und den diesem Prozeßziel dienenden Sachverhalt vorzutragen.

Es trifft daher nicht zu, wenn Ohndorf (34) behauptet, die formelle Theorie handle inkonsequent, wenn sie die Parteien für ihr Prozeßbegehren, nicht aber für jedes Element ihres Prozeßverhaltens verantwortlich mache. Die formelle Theorie differenziert: Läßt sie ein neues Prozeßziel nicht zu, so weist sie damit zugleich den zugehörigen Sachvortrag zurück. Im Rahmen eines zulässigen Prozeßzieles läßt sie dagegen eine Berichtigung oder Ergänzung des Sachvortrages zu. Sie vermeidet damit, die Parteiverantwortung auf jedes Detail auszudehnen und dadurch zu überspannen. Sie hält die Partei aber an der Bestimmung ihres Prozeßzieles fest, wenn die Änderung des Prozeßzieles eine weitere Instanz nötig machen würde.

Die formelle Beschwer ist damit Ausdruck der Verantwortung der Parteien für ihre Dispositionsakte, nämlich Klage- und Abweisungsantrag, Anerkenntnis und Klageverzicht. Dies ist der eine Aspekt der formellen Beschwer.

Den anderen haben wir bereits oben (35) festgehalten.

(34) Vgl. das Beispiel a. a. O. S. 107 u. S. 108

(35) Kap. V 2 d)

Dort ermöglichte eine bloß formelle Beschwer ein Rechtsmittel gegen eine Prozeßabweisung wie auch gegen eine Zurückverweisung und erwies damit ihre Funktion, den Rechtsschutzanspruch der Parteien als einen Anspruch auf Sachentscheidung zu sichern.

VII. Die Geltendmachung der Beschwer

1. Die Ermittlung der Beschwer

Baur(1) hält der formellen Beschwer zugute, daß sie einfach und schnell durch einen Vergleich von Antrag und Urteilstenor ermittelt werden könne. Dagegen weist Brox (2) darauf hin, daß die formelle Beschwer nicht immer durch einen solchen Vergleich feststellbar sei. So ist z. B. die formelle Beschwer des Klägers, der mit dem Hauptantrag DM 900,-- aus dem Tatsachenkomplex A und mit dem Hilfsantrag DM 900,-- aus dem Tatsachenkomplex B verlangt hat und der nur mit dem Hilfsantrag erfolgreich war, nicht aus dem Urteilstenor zu entnehmen, wenn ohne Bezug auf die Anträge DM 900,-- zugesprochen werden und "im übrigen" die Klage abgewiesen wird, wobei sich dies etwa schon aus einer teilweisen Versagung des Zinsanspruches erklären würde. Dasselbe gilt für die formelle Beschwer des Beklagten, der nur auf Grund einer Eventualaufrechnung Klageabweisung erreichen konnte (3). Hier müssen jeweils die Entscheidungsgründe zur Ermittlung der Beschwer herangezogen werden.

Das spricht aber nicht gegen die Lehre von der formellen Beschwer, denn die materielle Beschwer kommt ebenso wenig um die Aufgabe der Feststellung des Streit- und Urteilsgegenstandes und dessen Auslegung mit Hilfe der Entscheidungsgründe herum. Ist diese Feststellung getroffen, so ist es ein Leichtes, die Entscheidung mit den Sachanträgen zuvergleichen und zu erkennen, welche Partei formell beschwert ist.

Betrachten wir dazu nochmals das Beispiel (4) des Scheidungsklägers, der in erster Linie Scheidung gem. § 44 EheG

1) a. a. O. S. 13

(2) a. a. O. S. 387 f.

(3) Beispiele nach Brox, a. a. O. S. 388

(4) Vgl. oben Kap. V 2 a)

und mit dem "Hilfsantrag" Scheidung gem. § 45 EheG begehrte und nach dem "Hilfsantrag" geschieden wurde. Will man feststellen, ob der Kläger durch die Überlegung des "Hauptantrages" materiell beschwert wurde, so ist dem § 61 EheG zu entnehmen, daß beide Scheidungsgründe die gleichen Unterhaltsfolgen haben und die erstrebte Entscheidung daher die gleiche Tatbestandswirkung wie die bereits ergangene hätte. Es fehlt demnach an der materiellen Beschwerde. Aus den gleichen Überlegungen ergibt sich aber, daß es sich gar nicht um eine eventuelle Klagenhäufung handelt, der Streitgegenstand beider Anträge vielmehr identisch ist. Da sich die Dispositionsbefugnis der Parteien nicht auf die Entscheidungsgründe erstreckt, ist der Kläger auch nicht formell beschwert. Formelle und materielle Beschwerde sind daher gleich einfach oder gleich schwer zu ermitteln.

2. Die Geltendmachung der Beschwerde mit dem Rechtsmittelantrag in Höhe der Beschwerdesumme

Aus der Ermittlungsweise der Beschwerde - der formellen ebenso wie der materiellen - folgt, daß sie sich nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils nicht mehr ändern kann, sieht man von der Möglichkeit der Berichtigung (§ 319 ZPO) und der Ergänzung (§ 321 ZPO) des Urteils ab (5). Die so festgestellte Beschwerde reicht aber nicht aus, um die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu begründen. Sie muß mit dem Rechtsmittelantrag auch geltend gemacht werden, d. h. der Rechtsmittelantrag muß ihre Beseitigung anstreben. Darauf wurde bereits gelegentlich hingewiesen.

(5) In diesem Fall ist das berichtigte bzw. ergänzte Urteil zur Ermittlung der Beschwerde heranzuziehen. Vgl. Stein-Jonas-Grunsky, Allg. Einl. II 2 d aa vor § 511 ZPO.

Beispiel:

Der Beklagte wurde verurteilt und dadurch formell und materiell beschwert. Mit dem Rechtsmittel erhebt er Widerklage, ohne die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils zu begehren (6).

Der Beklagte ist also zwar beschwert, er macht diese Beschwerde aber mit seinem Rechtsmittelantrag nicht geltend. Das Rechtsmittel ist daher unzulässig. Das Gleiche gilt, wenn der abgewiesene Kläger mit dem Rechtsmittel die Klage ändert und nur noch den neuen Streitgegenstand verfolgt.

Dazu kommt ein weiteres: Es muß nicht nur eine Beschwerde, sondern eine Beschwerde in Höhe der jeweiligen Erwachsenenheitssumme geltend gemacht werden. Über die "Quantifizierung" der Beschwerde wurde bereits oben (7) gesprochen. Es muß eine Beschwerde in Höhe der Erwachsenenheitssumme vorliegen und zweitens eine Beschwerde in Höhe dieser Summe geltend gemacht werden. Dabei handelt es sich keineswegs um eine Tautologie, wie die folgenden Beispiele zeigen. Zunächst diene ein einfaches Beispiel zur Erläuterung.

Beispiel:

Die Klage auf Zahlung von DM 500,-- wurde abgewiesen. Der Kläger sieht ein, daß sein Anspruch in Höhe eines Rechnungspostens von DM 350,-- nicht gerechtfertigt ist. Zur Ersparung von Kosten beschränkt er daher die Berufung auf einen Betrag von DM 150,--. Die Berufung ist wegen Unterschreitung der Berufungssumme unzulässig.

(6) Vgl. oben Kap. II 2

(7) Kap. IV

Zu diesem allgemein anerkannten Ergebnis (8) gelangt man in der Regel, indem man die Erwachsenheitssumme als selbständige Rechtsmittelvoraussetzung betrachtet und anhand des Rechtsmittelantrages prüft. Beschwer und Beschwerdesumme müssen jedoch als Einheit gesehen werden. Die Beschwerdesumme oder (mit den Worten der §§ 511 a, 546 ZPO) der Wert des Beschwerdegegenstandes ist in Wirklichkeit nur die Quantifizierung der Beschwer, wie wir sie bisher aus der angefochtenen Entscheidung und - bei der formellen Beschwer - den vorinstanzlichen Sachanträgen ermittelt haben; sie hat mit dem Rechtsmittelantrag nichts zu tun. Diesem ist aber zu entnehmen, ob die Beschwer geltend gemacht wird. Allerdings muß die Beschwer nach allgemeiner Meinung in der Regel auch mindestens in Höhe der Erwachsenheitssummen geltend gemacht werden. Darin ist eine besondere Ausformung des Rechtsschutzbedürfnisses zu sehen, wie dies in der Literatur nur von Ohndorf und Bettermann (9) klar erkannt wird. Die Beschwer muß nämlich nur in der Regel in Höhe der Erwachsenheitssumme geltend gemacht werden, während die Beschwer stets diese Höhe erreichen muß.

Beispiel:

Die Klage auf Herausgabe eines Radios im Werte von DM 180,— und eines Plattenspielers im

-
- (8) Vgl. Ohndorf, a. a. O. S. 65, sowie A. Blomeyer, ZPR § 97 II 5 a (S. 518); Nikisch, § 118 III 2 (S. 470); Rosenberg-Schwab § 137 II 4 (S. 709); Stein-Jonas-Grunsky, § 511 a, II 2 und § 546, III; Thomas-Putzo, § 511 a, 1; Zöllner-Karch, § 511 a, 2.
- (9) Ohndorf, a. a. O. § 6 II (S. 61 ff.); Bettermann, a. a. O. ZZP 82, 53. Diese Frage wird z. B. bei Rosenberg-Schwab, § 137 II 4 c in dem Abschnitt über den maßgeblichen Zeitpunkt für die Berechnung des Beschwerdewertes behandelt.

Werte von DM 120,-- wurde abgewiesen. Nach Urteilserlaß, aber vor Einlegung der Berufung, gab der Beklagte das Radio freiwillig heraus. Kann der Kläger mit der Berufung die Herausgabe des Plattenspielers verlangen?

Die Beschwer des Klägers durch das erstinstanzliche Urteil überschreitet die Berufungssumme. Der Kläger könnte das Urteil zwar vollen Umfangs anfechten, würde aber, soweit der Beklagte Erfüllung einwenden kann, jedenfalls in der Sache unterliegen und 3/5 der Kosten zu tragen haben. Während der Wert des Beschwerdegegenstandes jedoch durch das Gesetz festgelegt ist, kann bei der ungeschriebenen Rechtsmittelvoraussetzung der "Geltendmachung der Beschwer" differenziert werden. In der Regel muß mindestens eine Beschwer in Höhe der Erwachsenheitssumme geltend gemacht werden. Der Rechtsmittelführer darf sein Rechtsmittel nicht "willkürlich" (10) beschränken. Die Beschränkung ist nicht willkürlich, wenn sie der vollen oder teilweisen Streiterledigung nach Urteilserlaß Rechnung trägt und diese Erledigung nicht vom Rechtsmittelführer, sondern vom Rechtsmittelbeklagten herbeigeführt wird.

Beispiele:

Der siegreiche Kläger und spätere Rechtsmittelbeklagte verzichtet nach Urteilserlaß auf einen Teil seiner Forderung. Die restliche Forderung liegt unter der Erwachsenheitssumme. Gleichwohl ist ein Rechtsmittel des Beklagten, das sich auf die Restforderung beschränkt, zulässig. Denn die Höhe seiner Beschwer ergibt sich aus dem Vergleich seines Sachantrages in der abgeschlossenen Instanz mit dem Urteil. Die Teilerledigung nach Urteilserlaß wirkt sich auf die Höhe der Beschwer nicht aus. Der Rechtsmittelführer

(10) so die Formulierung der Rechtsprechung, vgl. RG 168, 355, die von der Kommentarliteratur übernommen wurde, vgl. Stein-Jonas Allg Einl II d bb vor § 511 ZPO.

braucht diese Beschwerde nicht in Höhe der Erwachsenenheitssumme geltend zu machen, weil die Teilerledigung nicht durch ihn, sondern durch den Rechtsmittelbeklagten veranlaßt ist. Der Rechtsmittelführer hat die Erwachsenenheitssumme nicht willkürlich unterschritten.

Entsprechend verhält es sich, wenn der siegreiche Beklagte und spätere Rechtsmittelbeklagte nach Urteilserlaß leistet. Soweit er trotz Klageabweisung freiwillig leistet, erledigt sich der Rechtsstreit in der Hauptsache. Der Kläger kann daher mit dem Rechtsmittel eine Verurteilung nicht mehr erreichen. Sein Rechtsmittel ist auch dann zulässig, wenn seine ebenfalls abgewiesene und nicht freiwillig erfüllte Restforderung unter der Erwachsenenheitssumme liegt und er seinen Rechtsmittelantrag auf sie beschränkt.

Ebenso ist ein Rechtsmittel zuzulassen, wenn sich die Hauptsache durch Verzicht oder Leistung der siegreichen Partei nach Urteilserlaß vollständig erledigt. Dies rechtfertigt sich aus folgender Interessenlage: Erledigt sich die Hauptsache vollständig nach Abschluß der ersten Instanz, so würde dem Unterlegenen keinerlei Rechtsbehelf zustehen, wenn ihm die Berufung versagt würde. Denn ein gemäß § 91 a II ZPO anfechtbarer Beschluß läge nicht vor.

Die Zulassung des Rechtsmittels bei voller ebenso wie bei teilweiser Erledigung rechtfertigt sich schließlich dadurch, daß es unerträglich wäre, wenn der in erster Instanz Obsiegende durch "willkürliches" Handeln, nämlich einen Verzicht oder eine Leistung, ein Rechtsmittel der anderen Partei vereiteln könnte.

Ergebnis: Rechtsmittelvoraussetzung ist einmal eine Beschwerde in Höhe der Erwachsenenheitssumme. Die Beschwerde muß außerdem grundsätzlich mindestens in Höhe der Erwachsenenheitssumme geltend gemacht werden. Es genügt jedoch die Beschwerde in geringerer Höhe geltend zu machen, soweit sich die Hauptsache durch Verzicht oder Leistung des Rechtsmittelbeklagten nach Urteilserlaß erledigt hat.

VIII. Die Beschwer durch die einzelnen Entscheidungswirkungen

Das folgende Kapitel befaßt sich mit demjenigen Bestandteil des Beschwerbegriffes, der der formellen Beschwer und der materiellen Beschwer gemeinsam ist, nämlich den einzelnen Entscheidungswirkungen, die den Parteien nachteilig sein können. Diese Entscheidungswirkungen sind die materielle Rechtskraft, die innerprozessuale Bindungswirkung, die Gestaltungswirkung und die Tatbestandswirkung. Es liegt nahe anzunehmen, soweit eine Entscheidungswirkung vorliege, müsse auch eine Beschwer dessen vorliegen, gegen den sie sich auswirke (1). Daraus könnte man folgern, daß es sich insoweit um ein Problem des Umfangs der materiellen Rechtskraft und der übrigen Entscheidungswirkungen handle, eine Prüfung in dieser der Beschwer gewidmeten Untersuchung mithin entbehrlich sei. Letzteres wäre jedoch nur richtig, wenn sich der Umfang dieser Entscheidungswirkungen "aus ihrer Natur, rein logischen Erwägungen, dem Wesen der gerichtlichen Entscheidungen" (2), jedenfalls aber unabhängig von der Beschwer bestimmen ließe. Im Folgenden soll aber nachgewiesen werden, daß zwischen den Grenzen der Rechtskraft und der Bestimmung der Beschwer eine Wechselwirkung besteht. So kann eine Ausdehnung der Rechtskraft eine Beschwer herbeiführen, andererseits kann diese dazu zwingen, die Rechtskraft enger zu bestimmen, um zumindest aus der Sicht öffentlicher Interessen nicht lohnende Rechtsmittel auszuschließen.

(1) so für die materielle Rechtskraft Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, VI 1: Wie immer man die Rechtskraft bemesse, jedenfalls müsse man auch die Beschwer grundsätzlich im selben Umfang bejahen, in dem ein Urteil ungünstige rechtskraftfähige Feststellungen für eine Partei enthalte. Ebenso Bader a. a. O. S. 96

(2) dagegen richtig Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, VI 1

Beispiel:

Erstreckt man bei der Abweisung eines vertraglichen Anspruches mangels Fälligkeit die Rechtskraft auf die Feststellung des Gerichts, daß der Vertrag wirksam geschlossen wurde, so müßte man eine Beschwerde des Beklagten durch diese Feststellung anerkennen und diese ausreichen lassen, um ihm ein Rechtsmittel zu gewähren. In der Rechtsmittelinstanz würde über Fragen gestritten, die erst in einem weiteren, noch ungewissen Prozeß für die Feststellung oder Verneinung des Anspruches von Bedeutung wären (2a).

Diese Folge kann Anlaß sein, die Rechtskraft enger zu bestimmen.

1. Die Beschwer durch die materielle Rechtskraft

Die wichtigste Entscheidungswirkung ist die materielle Rechtskraft. Um ihren Umfang zu bestimmen, müssen meistens die Entscheidungsgründe zur Auslegung des Tenors oder sogar ergänzend herangezogen werden. Da die Teilhabe der Entscheidungsgründe an der materiellen Rechtskraft bei stattgebenden und abweisenden Urteilen verschieden beurteilt wird, ist es zweckmäßig, diese Urteile auch im Hinblick auf die Beschwer getrennt zu untersuchen.

a) bei stattgebenden Urteilen

Betrachten wir zunächst folgendes

Beispiel:

A erlangt gegen B ein Zahlungsurteil, das in den Entscheidungsgründen Schadenersatz wegen fahrlässiger unerlaubter Handlung zuspricht. Kann A ein

(2a) Vgl. im einzelnen Abschnitt 1 b bb dieses Kapitels.

Rechtsmittel einlegen, um die Feststellung zu erreichen, daß der Schadenersatz wegen vorsätzlicher unerlaubter Handlung geschuldet sei, was für ihn im Fall einer Aufrechnung durch B mit einer Gegenforderung von Vorteil wäre (§ 393 BGB) und ihm auch bei der Vollstreckung in das Arbeitseinkommen des Schuldners gem. § 850 f II ZPO nützen könnte?

Es handelt sich um einen Fall der rechtlichen Qualifizierung der im Urteil ausgesprochenen Rechtsfolge durch die Entscheidungsgründe (3). Überwiegend (4) wird diese Qualifizierung in die Rechtskraft einbezogen. Das gilt jedenfalls für die Qualifizierung als Zahlungsanspruch aufgrund einer unerlaubten Handlung. Dagegen soll der Vorsatz bei einer unerlaubten Handlung erst Streitgegenstand des Vollstreckungsverfahrens sein (5).

Bei der ebenfalls in der Vollstreckung bedeutsamen Qualifizierung des Zahlungsanspruches als "Dienstlohn" mit der Folge des Konkursvorrechts gem. § 61 Nr. 1 KO hat sich in der Rechtsprechung und Literatur (6) die Ansicht durchgesetzt, daß über die rechtliche Qualifizierung und damit über das Vorrecht erst im Rahmen der Feststellungsklage gem. § 146 KO entschieden wird. Dies aus gutem Grund, denn im Vorprozeß zwischen Arbeitnehmer und (Gemein-) Schuldner wurde vielleicht gar nicht

-
- (3) Möglich wäre allerdings auch, daß die Qualifizierung in den Tenor aufgenommen wird. Dann würde nichts anderes gelten.
- (4) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, VI 6 b; Rosenberg-Schwab, § 154 III 4, genauer Schwab, Festschrift f. Bötticher, S. 331; A. Blomeyer, Festschrift f. Lent (1957) S. 55 ff.; Zeuner, a. a. O. S. 31 ff.; Bader, a. a. O. S. 40 ff. Ablehnend dagegen Nikisch, Streitgegenstand, S. 150 f. Jauernig, a. a. O. S. 130; Henckel, Parteilehre, S. 131 f.
- (5) Henckel, Parteilehre, S. 299 f.; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, VI 6 b a. E. und ; Grunsky, FamRZ 1968, 282, der zwar keine Rechtskraft, aber eine innerprozessuale Bindung des Vollstreckungsgerichts auch bezüglich der Feststellung des Vorsatzes annimmt. Ebenso schon Götz, JZ 1959, 681. Dagegen hält Bader, a. a. O. S. 91, 126, auch diese zusätzliche Qualifikation für rechtskraftfähig.
- (6) Jaeger-Weber, § 146 KO Rz. 36 m. weit. Nachweisen

an die Möglichkeit eines Konkurses gedacht. Es ging um das Bestehen oder Nichtbestehen der Zahlungspflicht, so daß die Qualifizierung des Zahlungsanspruches als "Dienstlohn" statt etwa als "Werklohn" nur obiter dictum war, dem keine Rechtskraft beigemessen werden kann. Dem Schuldner und späteren Gemeinschuldner kommt es häufig nur darauf an, ob er zahlen muß oder nicht. Er wird sich gegen die Qualifizierung seiner Schuld als Dienstlohn jedenfalls nicht deswegen zur Wehr setzen, weil er bereits an die Möglichkeit seines Konkurses denkt und im Interesse seiner anderen Gläubiger eine ungerechtfertigte Privilegierung als Dienstlohn verhindern will. Die übrigen Konkursgläubiger müssen daher noch im Verfahren gem. § 146 VI KO die Möglichkeit haben, ihre Interessen zu verfechten. Das bedeutet jedoch, daß die Qualifizierung als Werk- oder Dienstlohn im Erkenntnisverfahren weder in Rechtskraft erwächst noch für das Konkursverfahren kraft innerprozessualer Bindungswirkung (7) feststeht. Damit kann diese Qualifizierung auch keine Beschwer begründen.

Vergleichen wir damit unseren Beispielsfall, und zwar zunächst im Hinblick auf die erweiterte Vollstreckungsmöglichkeit gem. § 850 f II ZPO. Bezieht man die Schuldform bei deliktischen Ansprüchen in die Rechtskraft ein, so sind die folgenden Fallvarianten möglich:

1. Variante: Der Zahlungsanspruch wird, ohne daß die Parteien um die Schuldform stritten, aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung zugesprochen. Der Schuldner ist der erweiterten Vollstreckungsmöglichkeit gem. § 850 f II ZPO ausgesetzt.

(7) Vgl. Grunsky FamRZ 1968, 282 N. 68

Dies erscheint jedenfalls dann unbillig, wenn im Erkenntnisverfahren die Frage der Schuldform gar nicht im Vordergrund stand, sondern etwa die Personenidentität mit dem Schädiger oder die Kausalität vom Beklagten bestritten wurde. Der Beklagte konzentrierte sich dann darauf, den Zahlungsanspruch insgesamt zu Fall zu bringen. Es stünde einem Beklagten, der seine Identität mit dem Schädiger leugnet, auch schlecht an, sich damit zu verteidigen, daß er jedenfalls nicht vorsätzlich gehandelt habe.

2. Variante: Die Frage des Vorsatzes wird von den Parteien im Prozeß aufgegriffen.

Muß das Gericht nun Zeit und Mühe, u. U. auch eine Beweisaufnahme aufwenden, um diese Frage zu klären, obwohl noch ungewiß ist, ob die Realisierung des Anspruchs je von der erweiterten Vollstreckungsmöglichkeit gem. § 850 f II ZPO abhängig sein wird? Das ist m. E. zu verneinen, denn es ist nicht Aufgabe des Gerichts, Fragen zu entscheiden, die nur möglicherweise für die Parteien von praktischer Bedeutung sind. Das ideelle Interesse daran, den höheren Unrechtsgehalt eines vorsätzlichen Delikts richterlich feststellen zu lassen, muß im Forderungsprozeß außer Betracht bleiben.

3. Variante: Der Zahlungsanspruch wird im Urteil aus fahrlässiger unerlaubter Handlung hergeleitet. Der Kläger hatte im Erkenntnisverfahren keinen Wert darauf gelegt, daß der Vorsatz des Beklagten festgestellt wurde, da er nicht daran dachte, daß die Realisierung des Anspruchs einmal davon abhängig sein könnte.

Hier wäre es unbillig, dem Kläger im Antragsverfahren gem. § 850 f II ZPO vor dem Vollstreckungsgericht die

Möglichkeit abzuschneiden, Vorsatz des Schädigers geltend zu machen.

Behält man die Frage des Vorsatzes also dem Vollstreckungsverfahren vor, so wirkt sich das nicht nur zugunsten des Schuldners aus. Erstreckt man die Rechtskraft des Urteils dagegen nicht nur auf die allgemeine Qualifizierung als deliktischer Anspruch, sondern auch auf die Schuldform, so ergäben sich sehr unerfreuliche Folgen für die Beschwer. Nähme das Gericht nämlich nur Fahrlässigkeit an, so wäre der Kläger dadurch beschwert und müßte ein Rechtsmittel einlegen, wenn er sich die erweiterte Vollstreckungsmöglichkeit gem. § 850 f II ZPO offenhalten wollte. Es kann also ein Rechtsmittelverfahren nötig werden, um eine Frage zu klären, deren Bedeutung noch nicht feststeht.

Hier würde sich übrigens auch die Frage nach der Geltung der materiellen oder der formellen Beschwer stellen. Man müßte nämlich auch dem Kläger, der nur eine Verurteilung wegen fahrlässiger unerlaubter Handlung begehrte, ein Rechtsmittel gegen das stattgebende Urteil gewähren. Das heißt, man müßte eine materielle Beschwer genügen lassen, da man zumindest von einem anwaltlich nicht vertretenen Kläger nicht verlangen kann, daß er die Folgen der Qualifizierung seines Anspruches für das Vollstreckungsverfahren bedenkt. Gerade hier zeigt sich aber, daß die materielle Beschwer in Wirklichkeit keine adäquate Lösung böte, sondern nur ein Notbehelf wäre. Denn der unkundige Kläger könnte nur aufgrund eines glücklichen Zufalls in der Rechtsmittelfrist von den Folgen der Qualifizierung Kenntnis erlangen. Erfährt er aber davon erst im Vollstreckungsverfahren, so wäre dies zu spät.

Nach allem empfiehlt es sich, rechtliche Qualifizierungen, die nicht schon im Erkenntnisverfahren, sondern

erst im Konkurs oder in der Einzelzwangsvollstreckung entscheidungserheblich sind, diesen Verfahren vorzubehalten und sie nicht bereits in die Rechtskraft der Entscheidung im Erkenntnisverfahren einzubeziehen. Das Problem der Beschwer durch eine solche Qualifizierung des zugesprochenen Anspruchs stellt sich dann nicht.

Auch nach der hier vertretenen Auffassung gibt es jedoch Fälle, in denen die Qualifizierung in die Rechtskraft einbezogen werden muß, nämlich dann, wenn sie bereits im Erkenntnisverfahren entscheidungserheblich war.

Hierzu eine Abwandlung des obigen Beispiels:

A klagt gegen B auf Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung. B rechnet im Prozeß mit einer Gegenforderung auf. Daraufhin macht A das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB wegen vorsätzlicher unerlaubter Handlung geltend.

Hier ist der Vorsatz Bestandteil des Subsumtionsschlusses, der dazu führt, daß dem Klagebegehren stattgegeben wird, und hat als solcher Teil an der Rechtskraft (8). Das bedeutet, daß er auch im Vollstreckungsverfahren für die erweiterte Vollstreckungsmöglichkeit gem. § 850 f II ZPO präjudiziell sein kann. Dies rechtfertigt sich daraus, daß die Richtigkeit eines tragenden Entscheidungsgrundes hier gewährleistet ist. Denn die Parteien und das Gericht hatten Anlaß, diese Frage gründlich zu prüfen, selbst wenn sie an die vollstreckungsrechtlichen Folgen gar nicht dachten. Besondere Probleme für die Beschwer ergeben sich hier indessen nicht. Denn stets wird

(8) So Bader, a. a. O. S. 58. Nach Bader erwächst die rechtliche Qualifizierung eines Anspruchs in Rechtskraft, wenn sie Bestandteil des Urteilsgegenstandes ist. Dazu, daß der Subsumtionsschluß als Ganzes den Gegenstand der Rechtskraft bildet und daß die rechtliche Einordnung als Element des Subsumtionsschlusses daher an der Rechtskraft teilnehmen muß, vgl. Rosenberg-Schwab, § 154 III 4 und Götz, a. a. O. JZ 1959, 686 mit Hinweis auf die Grundsatzentscheidung BGH (GSZ) 13, 265 (278).

derjenige unterliegen, zu dessen Ungunsten die unerlaubte Handlung qualifiziert wird. Nimmt das Gericht Vorsatz an, so verurteilt es den Beklagten. Dieser ist dann jedenfalls beschwert. Bejaht das Gericht lediglich Fahrlässigkeit, so wird die Klage abgewiesen und der Kläger ist beschwert. Ein Rechtsmittel, das nur der Klärung der rechtlichen Qualifikation und nicht zugleich der Prüfung der Zahlungspflicht dient, ist daher nicht denkbar.

Überprüfen wir dieses Ergebnis noch anhand eines zweiten Beispiels:

Beispiel:

In einem ersten Prozeß erlangt A gegen B ein Zahlungsurteil. In den Entscheidungsgründen wird der Zahlungsanspruch aus einem wirksamen Schenkungsvertrag hergeleitet.

Kann A ein Rechtsmittel einlegen, um zu erreichen, daß der Zahlungsanspruch als Kaufpreis zugesprochen wird, weil er dann keine Rückforderung der Schenkung wegen groben Undanks gem.

§ 530 BGB gewärtigen muß?

Die Qualifizierung des Zahlungsanspruches als "Schenkung" war hier entscheidungserheblich und hat daher an der Rechtskraft teil, denn die Schenkung ist Rechtsgrund des Zahlungsanspruches und damit Bestandteil des Subsumtionsschlusses, der das Urteil trägt. Es fragt sich nun, ob diese Qualifikation den Kläger A beschwert, weil sie die Möglichkeit des Widerrufs gemäß § 530 BGB eröffnet. Dieses Problem berührt nicht nur die materielle Beschwer. Denn hier stellt sich auch die Frage nach dem Umfang des Rechtsschutzanspruches der Parteien. Können diese verlangen, daß ihrem Prozeßbegehren aus Gründen stattgegeben wird, die für sie günstiger sind oder die sie für günstiger halten, so muß ihre Dispositionsbefugnis entsprechend ausgeweitet werden.

Die Lösung dieses Problems läßt sich von zwei Ausgangspunkten her in Angriff nehmen. Einmal kann man vom Begriff und Wesen des Rechtsschutzanspruches ausgehen. Die Folgen für die Beschwer müßten dann anerkannt und in Kauf genommen werden, um den als richtig erkannten Umfang des Rechtsschutzanspruches zu verwirklichen. Diese Methode verspricht jedoch keinen Erfolg. Der Umfang des Rechtsschutzanspruches kann weder aus seinem Wesen noch aus den Prozeßzwecken abgeleitet werden. Aber selbst wenn eine solche Ableitung möglich wäre, müßte sie sich im funktionellen Zusammenwirken mit der Beschwer bewähren. Dies führt uns zu der zweiten denkbaren und hier gewählten Methode.

Danach ist der Umfang des Rechtsschutzanspruches davon abhängig zu machen, daß unerwünschte Rechtsmittel durch die Rechtsmittelvoraussetzung der Beschwer unterbunden werden. Die folgende Untersuchung trifft dabei für den formellen und den materiellen Beschwerbegriff in gleicher Weise zu. Die Frage, ob ein Rechtsmittel unerwünscht ist, muß durch Interessenwertung von Musterfällen beantwortet werden.

Faßt man den Umfang des Rechtsschutzanspruches weit, so bedeutet dies in unserem Beispiel folgendes: Das Prozeßbegehren des Klägers lautet nicht nur auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung, sondern zur Zahlung als Kaufpreis. Ist diese Qualifizierung nicht in den Klageantrag aufgenommen, ergibt sie sich aber aus der Klagebegründung, so dient diese zur Auslegung des Klageantrags ebenso wie die Entscheidungsgründe zur Auslegung des Tenors herangezogen werden müssen. Ein Urteil, das den Zahlungsanspruch aus Schenkung herleitete, bliebe dann hinter dem Prozeßbegehren des Klägers zurück und würde ihn formell beschweren.

Die materielle Beschwer des Klägers steht nicht bereits deshalb fest, weil die Qualifizierung in die Rechtskraft einzubeziehen ist. Erforderlich ist definitionsgemäß weiter, daß diese Rechtskraftwirkung dem Kläger nachteilig ist. Zunächst ist sie ihm jedenfalls von Vorteil, da sie seinen Zahlungsanspruch gegen den Beklagten begründet. Würde der Kläger später auf Rückzahlung mit der Begründung verklagt, in Wirklichkeit habe es sich nicht um Schenkung, sondern um einen Kauf gehandelt, dieser sei wegen eines Mangels der Kaufsache zu wandeln, so stünde dem die Rechtskraft des Ersturteils entgegen. Das Ersturteil bringt aber für den Kläger dann einen Nachteil, wenn er in einem zweiten Prozeß nach einem Widerruf der Schenkung nicht mehr bestreiten könnte, daß er die Leistung aufgrund einer Schenkung empfangen hat. Wird er dagegen an der Qualifizierung nicht festgehalten, so könnte er sich im zweiten Prozeß auf den Standpunkt stellen, die Leistung sei entgegen dem Urteil im Vorprozeß aufgrund eines Kaufes erfolgt, ein Widerruf gemäß § 530 BGB sei daher nicht möglich. In diesem Fall wäre er weder durch das Ersturteil materiell beschwert, noch bestünde ein Bedürfnis, gegen diese ein Rechtsmittel zuzulassen. Es kommt also entscheidend darauf an, ob sich der erfolgreiche Kläger als Beklagter in einem zweiten Prozeß, in dem der Streitgegenstand des ersten zurückgefordert wird, auf eine andere Anspruchsgrundlage stützen kann, als diejenige, auf der sein früherer Prozeßsieg beruhte. Zeuner (9) will die objektiven Grenzen der Rechtskraft so bestimmen, daß "eine bestimmte, vom objektiven Recht her gegebene Sinnbeziehung zwischen dem rechtskräftig festgestellten und der im neuen Prozeß in Frage stehenden Rechtsfolge" gewahrt wird. Er hat hierin teilweise Zustimmung gefunden (10), wobei jedoch darauf hingewiesen

(9) Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge (1959), S. 44

(10) A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 89 V 4; Martens, ZZP 79, 441; Schwab, JZ 1959, 786 und Rosenberg-Schwab, § 155 II 2, III 2. Vgl. im übrigen Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, IX 3 und die Nachweise dort N. 181.

wird, daß die Grenzen einer solchen Ausweitung der Rechtskraft näher bestimmt werden müßten.

Hier fragt sich, ob jede gedankliche Unvereinbarkeit von verschiedenen Urteilen verhindert werden soll oder ob einzelne Tatbestände zu konkretisieren sind, in denen Gründe der Gerechtigkeit und der Prozeßökonomie dazu Anlaß geben, einen Sinnzusammenhang zu bejahen, der im zweiten Verfahren beachtet werden muß. Die Frage stellen, heißt sie im Sinne der zweiten Alternative zu beantworten. Zwar mag jede gedankliche Unvereinbarkeit von Urteilen dem Ansehen der Gerichte abträglich sein. Die Erkenntnismöglichkeiten der Gerichte sind aber insbesondere im Parteiprozeß begrenzt. In Fällen der vorliegenden Art, wo es um die zutreffende Qualifikation eines Anspruches geht, kommt hinzu, daß die Frage, ob die eine oder die andere Qualifikation bejaht wird, wenn der Anspruch jedenfalls zugesprochen wird, von untergeordneter Bedeutung ist. Denn nur in Einzelfällen kann die Qualifikation in einem späteren Prozeß kraft Sinnzusammenhanges von Belang sein. Es wäre wenig sinnvoll, den Kläger zu zwingen, dieser entfernten Möglichkeit durch ein Rechtsmittel vorzubauen. Noch weniger läßt es sich rechtfertigen, dem Kläger ein Rechtsmittel zu versagen und ihn zugleich zu seinem Nachteil an der einmal festgestellten Qualifikation festzuhalten. Dies führt uns zu folgendem Ergebnis: Eine durch rechtskräftiges Urteil festgestellte Anspruchsqualifikation schließt nicht kraft Sinnzusammenhanges aus, daß der gleiche Anspruch in einem späteren Prozeß anders qualifiziert wird.

Bedenkt man, daß Ansprüche häufig auf konkurrierenden Anspruchsgrundlagen beruhen, also rechtlich mehrfach zu qualifizieren sind, so wird deutlich, daß diese Auffassung durchaus damit vereinbar ist, die rechtliche Qualifikation in die Rechtskraft einzubeziehen. Häufig werden sich gegen eine andere Qualifizierung in einem zweiten Prozeß keinerlei Bedenken erheben.

Wird etwa der rechtskräftig zuerkannte Kaufpreisan-
spruch mit dem Verlangen der Wandlung zurückgefordert,
so kann sich der Verkäufer selbstverständlich darauf
berufen, daß die Schuld auch aufgrund eines abstrakten
Schuldanerkenntnisses begründet sei. Nur wenn die bei-
den Anspruchsgrundlagen - wie im Beispielsfall Schen-
kung und Kauf - miteinander unvereinbar erscheinen, er-
geben sich Bedenken. Denn ein entgeltliches und ein un-
entgeltliches Leistungsversprechen können nicht zugleich
vorgelegen haben. Diese Bedenken müssen jedoch zurück-
gestellt werden und sollten daher nicht in einer Lehre
von der Rechtskraft aufgrund rechtlichen Sinnzusammen-
hanges Anerkennung finden. Denn sonst wird der Kläger zu
möglicherweise überflüssigen Rechtsmitteln gezwungen
oder sein Rechtsschutz wird unvertretbar verkürzt.

Deshalb muß gelten: Die rechtskraftfähige Bejahung einer
Anspruchsgrundlage hindert den Anspruchsteller nicht,
seinen Anspruch in einem neuen Prozeß aus einer ande-
ren Anspruchsgrundlage herzuleiten (11). Darin liegt
nicht etwa eine Verletzung des Grundsatzes der Gleich-
behandlung der Parteien, insofern der Beklagte den
Rechtsgrund eines rechtskräftigen Urteils in einem zwei-
ten Prozeß nicht mehr in Zweifel ziehen kann. Denn dieser
Nachteil des Beklagten ist Folge seines Unterliegens im
Erstprozeß und dadurch gerechtfertigt.

Als Ergebnis für die Beschwer kann festgehalten werden,
daß eine entscheidungserhebliche und damit rechtskraft-
fähige Qualifikation den Kläger niemals beschwert, wenn
der Klage stattgegeben wird. Der Beklagte ist aber stets
schon durch seine Verurteilung beschwert. Daher ist für
die Fragen der Beschwer gleichgültig, ob man überhaupt
entscheidungserhebliche Qualifikationen der Klageansprü-
che in die Rechtskraft einbezieht.

(11) a. A. Ohndorf, a. a. O. S. 137; Stein-Jonas-Schu-
mann-Leipold, § 322 VI 6 b zu N. 83

In der Literatur (12) wird jedoch eine materielle Beschwer allein durch die Qualifikation als möglich angesehen. Das rührt daher, daß in der Literatur nicht von vornherein zwischen entscheidungserheblichen und "zusätzlichen" Qualifikationen, die erst im Vollstreckungsverfahren entscheidungserheblich werden, unterschieden wird. Die zusätzlichen Qualifikationen würden aber eine materielle Beschwer begründen, wenn man sie entgegen der oben vertretenen Meinung in die Rechtskraft einbezüge. Diese Beschwer würde aber Rechtsmittel ermöglichen, für die oben ein Rechtsschutzbedürfnis verneint wurde. Schwab (13) begegnet diesen Bedenken mit einem ergänzenden Kriterium: Es sei zu beachten, daß zukünftige, ungewisse Aussichten und Erwartungen nicht geeignet seien, eine Beschwer zu begründen.

Dazu noch einmal das zweite Beispiel (14):

A hat eine Verurteilung des B zum Schadenersatz nur wegen fahrlässiger unerlaubter Handlung erreicht. Ist er dadurch beschwert, daß B nicht aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung verurteilt wurde?

Nach der oben vertretenen Auffassung kommt eine Beschwer schon deswegen nicht in Betracht, weil über die Frage des Vorsatzes noch nicht rechtskraftfähig entschieden wurde. Schwab (15) lehnt eine Beschwer des A damit ab, daß eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Klägers von einem späteren ungewissen Ereignis abhängt. Damit kommt Schwab ebenfalls zu dem wünschenswerten Ergebnis, daß das Rechtsmittel unzulässig ist. Wenn der Vorsatz allerdings dadurch praktische Bedeutung erhalten sollte, daß die Rea-

(12) Bader, a. a. O. S. 91 ff.; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, VI 6 b; Stein-Jonas-Grunsky, Allg Einl V 2 b aa vor § 511; Bettermann, a. a. O. ZZP 82, 58; Brox, a. a. O. ZZP 81, 389

(13) So Schwab, Festschrift f. Bötticher, S. 336; ähnlich Götz, a. a. O. JZ 1959, 686 f.; vgl. auch Brox, a. a. O. ZZP 81, 407.

(14) Schwab a. a. O. bringt zwei ähnliche Beispiele.

(15) a. a. O. S. 337

lisierung des Anspruchs von der erweiterten Vollstreckungsmöglichkeit des § 850 f II ZPO abhängt, steht dem A offenbar nach Schwabs Ansicht kein Rechtsbehelf zur Verfügung. Schwab (16) begründet die Verneinung einer Beschwer außerdem zutreffend damit, daß man den Beschwer dewert im Hinblick auf die Erwachsenenheitssummen gar nicht berechnen kann. Denn wie sollte das Rechtsmittelgericht ein zukünftiges, ungewisses Ereignis mit einer Geldsumme bewerten?

Lediglich in dem Sonderfall der Grundurteile will Schwab (17) ausnahmsweise die Beschwer durch eine Qualifikation des Klageanspruchs anerkennen.

Beispiel:

A klagt gegen B auf Grund eines Verkehrsunfalles. Das Gericht erläßt ein Grundurteil, in dem es B's Haftung gem. § 7 StVG bejaht. Die von A geltend gemachten Ersatzansprüche übersteigen jedoch die Haftungshöchstsummen des § 12 StVG.

In diesem Fall besteht kein Zweifel an der rechtskraftfähigen Feststellung der Qualifikation des Klageanspruchs, denn diese ist ja alleiniger Inhalt und Zweck des Grundurteils. Sie ist also entscheidungserheblich. Die Ansicht Schwabs unterscheidet sich demnach von der hier vertretenen nur geringfügig, insofern sie ein besonderes Kriterium für nötig hält, um zu verhindern, daß "zukünftige, ungewisse Aussichten und Erwartungen" eine Beschwer begründen.

Götz (18) vertritt einen ähnlichen Standpunkt: Eine Beschwer durch die Urteilsgründe sei dann anzunehmen, wenn spätestens im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel ein "substantieller Nachteil" aus der rechtlichen

(16) a. a. O. S. 337

(17) a. a. O. S. 337 u. 339

(18) a. a. O. JZ 1959, 686 f.

Charakterisierung des zu- oder aberkannten Anspruchs erkennbar ist. Dazu gibt Götz folgendes

Beispiel:

Hat das Gericht einen Anspruch aus Gefährdungshaftung zugesprochen, während der Kläger diesen Anspruch aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung ableitet, so müsse der Kläger die Abänderung der rechtlichen Qualifikation dann begehren können, wenn eine Aufrechnung gegen die Klageforderung zu befürchten sei (§ 393 BGB).

Der Ansatz von Götz ist also ähnlich dem Schwabs. Er geht davon aus, daß die Qualifikation "vorsätzlich begangen" in Rechtskraft erwächst. Ohne das von ihm aufgestellte Kriterium ("substantieller Nachteil") würde diese Rechtskraftwirkung keine Beschwerde begründen. Der Kläger wäre dann in der Lage, ein Rechtsmittel zu betreiben, das überflüssig ist, wenn es später nicht zur Aufrechnung kommt. Wie wahrscheinlich muß aber eine spätere Aufrechnung sein, um einen "substantiellen Nachteil" bereits im Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung zu begründen? Jedes derartige Rechtsmittel ginge das Risiko ein, daß das Obergericht die zukünftige Aufrechnung nicht als wahrscheinlich genug ansieht und das Rechtsmittel daher als unzulässig abweist. Ein Begriff der Beschwerde, der dem Rechtsmittelkläger ein derartiges Risiko auferlegt, ist unbrauchbar (19).

Schließlich ist noch auf die Ausführungen von Brox (20) zu einem scheinbar ähnlichen Gesichtspunkt einzugehen. Danach wird eine Beschwerde nur dann begründet, wenn die materielle oder prozessuale Rechtsstellung des Rechts-

(19) ebenso Bader, a. a. O. S. 97 f.; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322 (VI) N. 82; Ohndorf, a. a. O. S. 138 f.

(20) a. a. O. S. 407. Schwab, Festschrift f. Bötticher, S. 336 bezieht sich hierauf fälschlich in obigem Zusammenhang.

mittelführers durch das Ersturteil unmittelbar beeinträchtigt werde. Was Brox damit meint, ergibt sich aus folgendem

Beispiel (21):

Hat A gegen B ein Herausgabeurteil gem. § 985 BGB erstritten, so kann er dagegen kein Rechtsmittel einlegen, wenn er die Präjudizialität des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses für Verwendungsersatzansprüche des B fürchtet und daher ein Urteil gem. § 861 BGB erstrebt.

Brox hat hier keineswegs die gleichen Probleme im Auge, die von Schwab und Götz angesprochen werden. Er weist vielmehr auf einen Fall hin, in dem die Rechtskraftwirkung sowohl Vorteile (Herausgabeanspruch) als auch Nachteile (Präjudizialität für Verwendungsersatzansprüche des unberechtigten Besitzers) für dieselbe Partei mit sich bringt. Brox stellt klar, daß für die Beschwer selbstverständlich nur auf die unmittelbare Rechtskraftwirkung, hier die Feststellung des Herausgabeanspruchs, abzustellen ist. So vermeidet er das absurde Ergebnis, daß der Herausgabekläger gegen das Herausgabeurteil ein Rechtsmittel einlegen könnte. Die gleiche Lösung ergibt sich ohne das zusätzliche Kriterium der "Unmittelbarkeit" aus der Anwendung der formellen Beschwer.

b) bei abweisenden Urteilen

aa) Die Rechtskraft des Abweisungsgrundes und die Beschwer

α) des Klägers

Nach überwiegender Meinung (22) erwächst der Abweisungsgrund in (relative) Rechtskraft, da er tragendes Element

(21) Beispiel von Brox, leicht verändert.

des Subsumtionsschlusses ist, der zur Verneinung des Anspruches führt. Das hat zur Folge, daß eine erneute Klage mit dem gleichen Begehren nur dann zulässig ist, wenn neue Tatsachen vorgetragen werden, denen zufolge das abgelehnte Tatbestandsmerkmal nachträglich eingetreten ist. Eine formelle und materielle Beschwer des Klägers liegt schon deshalb vor, weil er mit seinem Antrag abgewiesen wurde (23).

ß) des Beklagten

Beim Beklagten gilt nach der formellen Theorie und ihrem herkömmlichen Verständnis, daß ihn das Abweisungs-urteil nicht beschweren kann, weil es seinem Antrag entspricht. Nun haben aber manche Abweisungsgründe ein größeres Gewicht als andere. Eine Abweisung mangels Fälligkeit des Klageanspruches ist z. B. für den Beklagten ungünstiger als eine Abweisung wegen Unwirksamkeit des Vertragsschlusses oder wegen Erfüllung. Grunsky (24) nimmt daher an, daß der Beklagte durch ein abweisendes Urteil materiell beschwert sei, wenn ein dauerhafterer Abweisungsgrund als der in den Entscheidungsgründen enthaltene bestehe. Die gleiche Meinung äußert Bettermann (25) für den Bereich der abweisenden Prozeßurteile. Der Beklagte könne ein schutzwürdiges Interesse daran haben, daß die Klage aus dem richtigen Prozeßgrund abgewiesen werde, z. B. wegen Schiedsvertrages statt wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit, wegen Unzulässig-

-
- (22) Rosenberg-Schwab, § 156 II 1 (S. 811); Zeuner, Grenzen der Rechtskraft, S. 34 f.; Arens, Streitgegenstand und Rechtskraft im aktienrechtl. Anfechtungsverfahren (1960) S. 72 ff., 116 ff.; Henckel, Parteilehre, S. 296; Grunsky, a. a. O. ZZP 76, 167 u. 174 ff.; Ohndorf, a. a. O. S. 133; dagegen J. Blomeyer, a. a. O. NJW 1969, 588 (allgemein); Habscheid, Streitgegenstand, S. 294; ders. FamRZ 1963, 381 (für den Eheprozeß).
- (23) ebenso J. Blomeyer, a. a. O. NJW 1969, 592
- (24) in Stein-Jonas Allg Einl V 2 b vor § 511 sowie in dem Aufsatz "Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer", ZZP 76 (1963), 165
- (25) a. a. O. ZZP 82, 57

keit des Rechtswegs statt wegen Postulationsunfähigkeit, weil diese Abweisungsgründe "besser hielten", anders ausgedrückt, weil sie weniger wahrscheinlich oder gar nicht durch den nachträglichen Eintritt von Tatsachen entfallen.

Besteht hier ein Rechtsschutzbedürfnis für Rechtsmittel zum "Austausch" von Abweisungsgründen? Die formelle Beschwer versagt Rechtsmittel, mit denen sich die Parteien in Widerspruch zu ihren erstinstanzlichen Dispositionsakten setzen. Der Sachantrag des Beklagten geht jedoch lediglich auf "Abweisung". Die Rechtsmeinung des Beklagten ist für das Gericht nur eine Anregung. Der Beklagte kann sich auf bloßen Tatsachenvortrag beschränken. Trägt er gleichwohl eine Rechtsmeinung vor, so darf ihm daraus kein Nachteil erwachsen. Diese Interessenlage entspricht dem bereits erörterten Fall (26), daß dem hilfsweise gestellten Sachabweisungsantrag, nicht aber dem in erster Linie gestellten Antrag auf Prozeßabweisung entsprochen wurde. Hier wie dort ist eine formelle Beschwer des Beklagten zu verneinen.

Ein Unterschied besteht jedoch insofern, als der Beklagte dort mit der Sachabweisung das günstigere Ergebnis gegenüber einer Prozeßabweisung erlangt hat. Hier wurde ihm dagegen der bestandskräftigere Abweisungsgrund vor-enthalten. Muß dann ein Rechtsmittel aufgrund einer materiellen Beschwer zugelassen werden und würde eine materielle Beschwer überhaupt vorliegen?

Die materielle Beschwer wird durch nachteilige Entscheidungswirkungen, insbesondere durch die Rechtskraft, begründet. Ein Abweisungsgrund ist stets Bestandteil des Subsumtionsschlusses, der zur Abweisung führt, und hat daher Teil an der Rechtskraft. Diese Rechtskraftwirkung kann sich jedoch nur zum Vorteil des Beklagten auswirken. Fehlerhaft wäre es, eine nachteilige Entscheidungswirkung

des Abweisungsurteils darin zu sehen, daß ein anderer, bestandskräftigerer Abweisungsgrund nicht festgestellt wurde. Dies ist zwar auch eine "Wirkung" der Entscheidung, da die Feststellung eines Abweisungsgrundes die Feststellung eines anderen überflüssig macht. Der Begriff der "Entscheidungswirkung" in dem hier vertretenen Sinn bezieht sich jedoch nicht auf alle möglichen Auswirkungen, sondern ist als terminus technicus auf solche Wirkungen beschränkt, die in zukünftigen Gerichtsverfahren binden, wie die Rechtskraft, die Tatbestandswirkung, die Gestaltungswirkung, die Vollstreckbarkeit, die Präklusionswirkung, die Interventionswirkung und die Bindungswirkung bei Zurückverweisung.

Eine solche, den Beklagten bindende Wirkung liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn das Abweisungsurteil lediglich auf den schwächeren Abweisungsgrund eingeht. Außer Betracht bleibt hier also der Fall, daß sich das Urteil zugleich mit derjenigen Anspruchsvoraussetzung befaßt, deren Verneinung einen bestandskräftigeren Abweisungsgrund bilden würde. Diese Fallgestaltung wird im anschließenden Abschnitt erörtert.

Dem Beklagten bleibt es jedenfalls unbenommen, in einem Folgeprozeß Anspruchsvoraussetzungen zu leugnen und damit Abweisungsgründe geltend zu machen, mit denen sich das frühere Urteil nicht befaßt hat. Ist also das vermeintliche Fälligkeitsdatum inzwischen eingetreten, so kann sich der Beklagte immer noch damit verteidigen, daß der Vertrag gar nicht wirksam geschlossen wurde. Ist die Klage nunmehr bei einem Gericht eingereicht, das sich für zuständig hält, so kann der Beklagte immer noch die Einrede des Schiedsvertrages erheben. Es zeigt sich wiederum (27), daß eine materielle Beschwer nicht schon dann gegeben ist, wenn ein günstigeres Urteil möglich wäre.

Dieser Lösung scheint jedoch die oben (28) besprochene Rechtsprechung (29) entgegenzustehen, daß der Beklagte

(27) vgl. oben Kap. II 2

(28) Kap. V 2 d

(29) BGH 28, 249 mit weit. Nachw.

durch die Abweisung der Klage als unzulässig beschwert ist und mit dem Rechtsmittel die Abweisung als unbegründet begehren kann. Auch dort soll ein Abweisungsgrund durch einen anderen ersetzt werden, nämlich ein "Unzulässigkeitsgrund" durch einen "Unbegründetheitsgrund". Die Anfechtungsberechtigung ergab sich hier aber schon aus der formellen Beschwerde des Beklagten (30), denn der Abweisungsantrag ist als Antrag auf Sachabweisung aufzufassen. Hinter diesem Prozeßbegehren des Beklagten bleibt das Prozeßurteil zurück. Das Rechtsmittel ist nicht deswegen zulässig, um einen "Austausch" eines schwächeren gegen einen stärkeren Abweisungsgrund zu ermöglichen, sondern um den prozessualen Anspruch jeder Partei auf ein Sachurteil bei Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen zu gewährleisten.

Erstrebt der Beklagte dagegen den "Austausch" eines "Unzulässigkeitsgrundes" gegen einen anderen, "haltbareren Unzulässigkeitsgrund", so gilt das Gleiche wie für den "Austausch" sachlicher Abweisungsgründe. Der Beklagte ist weder materiell noch formell beschwert.

Es zeigt sich also, daß Rechtsmittel, die lediglich dazu dienen, einen prozessualen Abweisungsgrund durch einen anderen oder einen sachlichen Abweisungsgrund durch einen anderen zu ersetzen, durch die Rechtsmittelvoraussetzung der (formellen wie der materiellen) Beschwerde unterbunden werden.

bb) Die Rechtskraft der anspruchsbejahenden Elemente des Abweisungsurteils und die Beschwerde des Beklagten

Grunsky (31) will nicht nur den Abweisungsgrund, sondern auch die anspruchsbejahenden Elemente eines Ab-

(30) ebenso Rosenberg-Schwab, § 137 II 3a und oben Kap. V 2 d

(31) a. a. O. ZZP 76, 165 (169 f.)

weisungsurteils in die relative (32) Rechtskraft einbeziehen.

Beispiel:

Wurde die Klage mangels Fälligkeit der Klageforderung abgewiesen, zugleich aber in den Entscheidungsgründen ausgeführt, daß entgegen der Meinung des Beklagten der Darlehensvertrag wirksam geschlossen sei und ein Dissens nicht vorliege, so soll letzteres bei erneuter Klage nach Eintritt der Fälligkeit nicht mehr in Zweifel gezogen werden können.

Daraus ergäben sich erhebliche Folgen für die Beschwer. Grunskys Meinung neigen auch Bettermann (33) und Schumann-Leipold (34) zu. Brox (35) verweist dagegen auf die Zwischenfeststellungsklage (§ 280 ZPO), mit der einzelne Urteilselemente in die Rechtskraft einbezogen werden können, allerdings nur insoweit sich aus ihnen das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ergibt. Ohndorf (36) betrachtet die Bejahung einer Vorfrage als bloßes obiter dictum, das nicht verbindlich sei.

Grunsky sieht eine Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit darin, daß man einerseits die Wiederholung einer Klage nur auf Grund solcher Tatsachen zuläßt, die den tragenden Abweisungsgrund beseitigen, andererseits die Wiederaufrollung bereits im ersten Prozeß bejahter Vorfragen gestattet.

(32) also nur für einen Prozeß mit gleichem Streitgegenstand, nicht mit präjudizieller Wirkung für sonstige Prozesse zwischen den gleichen Parteien

(33) a. a. O. ZZP 82, 64 f. (VI 2 g)

(34) in Stein-Jonas, § 322, X 4; ebenso Zöllner-Degenhart, vor § 322, 8 b bb.

(35) a. a. O. ZZP 81, 389

(36) a. a. O. S. 135

Beispiel:

Wurde die Forderungsklage mangels Fälligkeit abgewiesen, so kann sie nur mit der Begründung erneuert werden, daß die Fälligkeit inzwischen eingetreten ist. (37)

Dem Beklagten kommt also die Feststellung des Vorprozesses über den Nichteintritt der Fälligkeit bis zur letzten mündlichen Tatsachenverhandlung als der zeitlichen Grenze der Rechtskraft zugute. Bezieht man nur den Abweisungsgrund in die Rechtskraft ein, so kann sich der Kläger seinerseits nicht auf ihm günstige Feststellungen des Ersturteils berufen, etwa darauf, daß der Bestand der Forderung auf Grund eines wirksamen Vertrages im Ersturteil bejaht wurde. Grunsky bezieht daher auch solche dem Kläger günstigen Elemente eines Abweisungsurteils in die Rechtskraft ein. Er räumt zwar ein, daß sich die Gerichte in der Regel darauf beschränken, in die Entscheidungsgründe lediglich den tragenden Abweisungsgrund aufzunehmen, um sich nicht mehr Arbeit zu machen, als unbedingt nötig ist. Er will ihnen jedoch die Möglichkeit offenhalten, in Fällen, in denen eine Erneuerung der Klage in Frage kommt, die Erkenntnisse des Verfahrens auf diese Weise verbindlich festzuhalten.

Hierfür spricht gewiß manches. Ist es doch möglich, daß der Prozeß sich zunächst ganz auf die Vorfrage, etwa des wirksamen Vertragsschlusses, konzentriert hat, bevor man erkannte, daß die Forderung derzeit noch nicht fällig ist. In diesem Fall wäre es nicht sinnvoll, in einem zweiten Prozeß nach Eintritt der Fälligkeit noch einmal Beweis über den Vertragsschluß zu erheben. Das erste Urteil sollte daher insoweit Beweisergebnisse und Beweiswürdigung mitteilen. Allerdings bleibt fraglich, ob man diese Feststellungen in Rechtskraft er-

(37) allgemeine Ansicht, wie N. 22

erwachsen lassen soll. Ohndorf (38) verneint dies, weil die Bejahung einer Vorfrage bloßes obiter dictum sei. Solche überflüssigen Feststellungen sollten möglichst unterbleiben. Sie seien schon deshalb nicht bindend, weil der Beklagte gar nicht verpflichtet sei, zu solchen Vorfragen Stellung zu nehmen. Dem kann nur teilweise zugestimmt werden. Selbstverständlich muß das Gericht abweisen, wenn ein Abweisungsgrund feststeht, denn die Sache ist dann entscheidungsreif (§ 300 I ZPO). Dann wird und braucht der Beklagte zu anderen Fragen nicht mehr Stellung zu nehmen. Hier handelt es sich aber regelmäßig um Streitsachen, in denen zuerst andere Umstände als der spätere Abweisungsgrund geprüft wurden. Der Beklagte hatte also Anlaß und Gelegenheit, seine Auffassung zu vertreten. Sind diese Fragen nicht vollständig aufgeklärt worden, so wird das Gericht ohnehin darauf verzichten, auf sie in den Entscheidungsgründen einzugehen.

Es kommt also darauf an, ob obiter dicta grundsätzlich weniger zuverlässig sind. J. Blomeyer (39) bejaht dies. Es sei nicht auszuschließen, daß der Beklagte (40) gerade im Hinblick auf ein anderes Anspruchshindernis sich nicht mit "ganzem Herzen" an der Prüfung desjenigen Erfordernisses beteiligte, auf das sich das Gericht konzentrierte. Auch beim Gericht läge ein Fehler näher. Beim Absetzen des Urteils sei es nur zu leicht möglich, daß rechtliche Folgerungen, auf die es letztlich gar nicht ankommt, vorschnell gezogen würden, oder daß Tatsachen festgestellt würden, obwohl der Sachverhalt noch nicht genügend geklärt worden sei.

(38) a. a. O. S. 135

(39) a. a. O. NJW 1969, 587 (593). Ebenso Dietrich, Zur materiellen Rechtskraft eines klagabweisenden Urteils, ZZP 83 (1970), 201

Diese Bedenken treffen nicht generell zu. Im obigen Beispiel wird das Gericht die Ergebnisse der Beweisaufnahme über den Vertragsschluß angesichts ihrer erkennbaren Bedeutung nach Eintritt der Fälligkeit in den Entscheidungsgründen gewiß nur festhalten, wenn diese Frage erschöpfend geklärt ist. Wie soll man aber jene obiter dicta behandeln, die weniger bewußt in die Urteilsgründe gelangen? Wie leicht schleicht sich beim Absetzen des Urteils einmal eine Bemerkung ein, auf der die Entscheidung nicht beruht, die auch nicht zuverlässig geklärt ist, die sich aber wegen ihres chronologischen oder sonstigen Zusammenhangs mit entscheidungserheblichen Umständen anbot. Man denke etwa an die Formulierung: "Zwar hat sich in der Beweisaufnahme herausgestellt, daß der Beklagte das Angebot des Klägers angenommen hat, zugleich wurde jedoch vereinbart, daß der Kaufvertrag erst erfüllt werden sollte, nachdem der Beklagte seine Rentennachzahlung erhalten habe." Soll der einleitende Nebensatz genügen, um den Vertragsschluß durch Angebot und Annahme verbindlich festzustellen? Dies ist zu verneinen. Wie sollen dann aber "zuverlässige und bewußte" obiter dicta von "gelegentlichen und versehentlichen" Bemerkungen unterschieden werden? Man wird den Gerichten auch nicht zumuten können, ihre Entscheidungen so sorgfältig auszuarbeiten, daß solche Bemerkungen ganz unterbleiben. Aber auch wenn man diese Bedenken nicht teilen wollte, kann den Vorschlägen Grunskys nicht gefolgt werden.

Dabei wird nicht übersehen, daß Grunskys Lehre nicht vorgeworfen werden kann, sie messe den Entscheidungsgründen entgegen der Absicht des Gesetzgebers absolute Rechtskraft bei. Denn Grunsky will die anspruchsbejahenden Elemente eines Abweisungsurteils ja nur für den

(40) J. Blomeyer spricht hier offensichtlich aus Versehen vom Kläger.

Fall der Erneuerung der Klage maßgeblich sein lassen, also nur bei Identität des Streitgegenstandes.

Auch die Einwände Schwabs (41) gegen Grunskys Lehre erscheinen nicht zwingend. Schwab verwendet ebenfalls das Beispiel einer Klageabweisung mangels Fälligkeit, wobei in den Gründen das Zustandekommen eines Darlehensvertrages bejaht wird. Schwab läßt zwar den Subsumtionsschluß des Urteils in Rechtskraft erwachsen. Er argumentiert dann aber: Wenn in einem neuen Prozeß der Eintritt der Fälligkeit behauptet und bewiesen würde, so müsse ein neuer Subsumtionsschluß ergeben, der in seinen Elementen mit dem ersten nicht identisch sei. Da die Bindung der Elemente eines Subsumtionsschlusses immer nur für denselben Schluß gelte, nicht aber für einen Schluß, der auf anderen oder zusätzlichen Elementen beruht, sei die Feststellung des Zustandekommens des Darlehensvertrages im ersten Urteil für das zweite nicht maßgebend.

Nun ist nicht zu bestreiten, daß der zweite Schluß auf zusätzlichen Elementen beruht, nämlich auf jenen Umständen, die den Eintritt der Fälligkeit herbeigeführt haben. Im übrigen kann jedoch der erste Schluß mit der ihm innewohnenden zeitlichen Beschränkung vollen Umfangs dem zweiten Schluß zugrundegelegt werden, so daß der erste Schluß als Teil des zweiten Schlusses erscheint. Es ist außerdem gedanklich ohne weiteres möglich, die Bejahung einzelner Tatbestandselemente in den ersten Schluß einzubeziehen, auch wenn sie wegen der Verneinung eines anderen Elements für die Rechtsfolge nicht ausschlaggebend sind. Konkret kann man also sagen: Der Schluß im zweiten Urteil, der den Darlehensrückzahlungsanspruch nunmehr zuspricht, enthält das Zustandekommen eines Darlehensvertrages und den Eintritt der Fälligkeit zu einem im Urteil bestimmten Zeitpunkt. Dieser Zeitpunkt darf we-

(41) Festschrift f. Bötticher, S. 334 f.

gen der Rechtskraft des abweisenden Ersturteils erst nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlungen des ersten Prozesses liegen. Daraus ist zu ersehen, daß eine weitergehende Identität der Schlüsse nicht möglich ist, da der spätere Schluß immer einen größeren zeitlichen Umfang hat.

Entscheidend gegen Grunskys Lehre sprechen aber ihre Auswirkungen auf die Beschwer. Folgt man ihr, so ist nämlich eine materielle Beschwer durch die rechtskraftfähige Bejahung einer Vorfrage anzuerkennen (42). Man müßte die materielle Beschwer für ein Rechtsmittel des Beklagten genügen lassen. Denn der Beklagte kann nur Klageabweisung beantragen. Es liegt im Ermessen des Gerichts, welche anspruchsbejahenden Tatbestandselemente es in die Urteilsbegründung aufnimmt. Würde z. B. die Feststellung des Ersturteils, der Vertrag sei wirksam zustandegekommen, rechtskräftig, so könnte sich der Beklagte vom Fälligkeitsdatum an nicht mehr erfolgreich gegen eine erneute Klage verteidigen. Er muß dann befügt sein, mit einem Rechtsmittel gegen das Ersturteil geltend zu machen, daß der Vertrag mangels Einigung oder wegen Anfechtung unwirksam sei.

In der Rechtsmittelinstanz würde über Fragen gestritten, die erst in einem weiteren, noch ungewissen Prozeß von Bedeutung wären. Jeder Beklagte wäre darüber hinaus gezwungen, die Entscheidungsgründe eines abweisenden Urteils sorgfältig zu prüfen. Denn sie könnten rechtskraftfähige Feststellungen enthalten, die ihm bei einer Erneuerung der Klage nachteilig wären. Der Beklagte könnte sich sogar genötigt sehen, Ermittlungen anzustellen, um sich darüber klar zu werden, ob er gegen Teile der Entscheidungsgründe vorgehen muß. Andererseits müßten sich die Gerichte hüten, solche Feststellungen zu treffen.

(42) ebenso Grunsky, a. a. O. ZJP 76, 172 f. (I 5 a);
Bettermann, a. a. O. ZJP 82, 65 (VI 2 g); BGH 24, 279
(284 f.); Zöllner-Karch, Vorbem. 3 vor § 511; Ohndorf,
a. a. O. S. 135

Die von Grunsky vorgeschlagene Ausweitung der Rechtskraft ist daher abzulehnen. Zudem ist nicht allein die Rechtskraft imstande, "wertvolle Entscheidungssubstanz"(43) für den Folgeprozeß nutzbar zu machen. Werden die Beweisergebnisse des Vorprozesses nicht ohnehin unstreitig, bestehen aber keine triftigen Einwände gegen das Beweisverfahren vor dem Erstgericht, so können die Vernehmungsprotokolle und andere erhobene Beweise im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden.

Mit der Ablehnung der Rechtskrafterstreckung auf anspruchsbejahende Elemente eines Abweisungsurteils entfällt auch hier das dogmatische Bedürfnis, die materielle Beschwer ergänzend als Rechtsmittelvoraussetzung heranzuziehen. Damit hat sich die Lehre von der formellen Beschwer im Bereich der materiellen Rechtskraft als zutreffend erwiesen.

(43) so treffend J. Blomeyer, a. a. O. NJW 1969, 593

2. Die Beschwer bei Gestaltungs- und Gestaltungsabwehrklagen sowie Feststellungsklagen

Gestaltungsurteile verändern die materielle Rechtslage, indem sie ein Recht auf Gestaltung verwirklichen. So verwirklicht ein Urteil gemäß § 133 HGB das Recht eines Gesellschafters auf Auflösung der offenen Handelsgesellschaft aus einem wichtigen Grunde. Die Auflösung läßt für beide Parteien nicht nur Pflichten, sondern auch Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag entfallen; sie läßt zudem Pflichten entstehen, die sich aus der Liquidation ergeben. Die Gestaltungswirkung der Gestaltungsurteile beschwert daher regelmäßig beide Parteien materiell. Dagegen wird nur der Beklagte formell beschwert. Auch hier stellt sich daher die Frage, welcher Beschwerbegriff maßgeblich sein soll. Wird eine Gestaltungsklage abgewiesen, so tritt allerdings keine Gestaltungswirkung ein. Die materielle Rechtskraft des Abweisungsurteils (47) richtet sich nur gegen den Kläger, der auch formell beschwert ist. Es sind daher nur die stattgebenden Urteile von Interesse.

Unter den Gestaltungsklagen kommt denen auf Ehescheidung größte praktische Bedeutung zu. Diese Fallgruppe weist jedoch eine solche Fülle von Besonderheiten auf, daß ihr ein besonderes Kapitel (48) gewidmet werden soll. Sie würde den Rahmen dieses Kapitels auch insofern sprengen, als Scheidungsurteilen außer der Gestaltungswirkung noch die Tatbestandswirkung zukommt und von Abweisungsurteilen in Scheidungssachen eine gegen beide Parteien gerichtete Präklusionswirkung ausgeht.

(47) vgl. Rosenberg-Schwab, § 95 III 2

(48) Kap. IX

Dagegen können hier noch die Gestaltungsabwehrklagen (49) einbezogen werden. Dazu zählen die Klagen, mit denen geltend gemacht wird, daß die außerprozessuale Ausübung eines Gestaltungsrechts unwirksam sei, z. B. die Kündigungsschutzklagen und die Klagen gegen den Ausschluß eines Gesellschafters gemäß § 737 BGB. Das Urteil entscheidet über den Bestand eines Rechtsverhältnisses und berührt damit die Rechte und Pflichten beider Parteien. Das gilt hier für stattgebende und abweisende Urteile in gleicher Weise.

Ebenso verhält es sich bei Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Wird nämlich z. B. die Wirksamkeit eines Kaufvertrages festgestellt, so ergeben sich daraus Rechte und Pflichten für beide Parteien. Kommt es über diese Rechte und Pflichten zu einem weiteren Prozeß, so wirkt die materielle Rechtskraft des Feststellungsurteils gegen denjenigen, der nunmehr vorbringt, ein Kaufvertrag bestehe nicht (50).

Die materielle Theorie muß in allen diesen Fällen eine Beschwer beider Parteien, also auch der obsiegenden, bejahen. Brox und Bettermann (51) heißen dieses Ergebnis ausdrücklich gut. Um festzustellen, ob die materielle Theorie hier gegenüber der formellen einen Gewinn bedeutet, müssen wir uns die neuralgischen Fälle vor Augen halten.

Fall: Der Arbeitgeber A hat das Dienstverhältnis des B gekündigt. Da B die Kündigung nicht gelten lassen will, klagt B gegen A auf Feststellung des Fortbestehens des Dienstverhältnisses und erlangt ein obsiegendes Urteil.

(49) vgl. Rosenberg-Schwab, § 95 III 3

(50) so richtig Brox, a. a. O. S. 389 f.

(51) Brox a. a. O.; Bettermann, a. a. O. S. 42 ff.

B kann nach der formellen Theorie kein Rechtsmittel einlegen, da nach seinem Antrag erkannt ist. Er kann dies dagegen nach der materiellen Theorie, da er durch das Fortbestehen des Dienstverhältnisses auch rechtliche Nachteile erleidet, insofern er weiterhin zur Leistung von Diensten verpflichtet ist. B wird von einer Anfechtungsbefugnis jedoch nur Gebrauch machen, wenn er inzwischen das Dienstverhältnis doch nicht mehr fortsetzen will, etwa weil er einen besseren Vertrag in Aussicht hat. Solange A aber das Dienstverhältnis beenden will, ist eine gerichtliche oder außergerichtliche Einigung möglich. Da B noch in der letzten mündlichen Verhandlung gem. § 306 ZPO auf sein Feststellungsbegehren verzichten kann, wird ein Rechtsmittel des B nur nötig, wenn er seine Absicht ausgerechnet während des Laufs der Rechtsmittelfrist ändert und wenn außerdem auch A inzwischen seine Meinung geändert hat. Es besteht wohl kaum Anlaß, ein solch kurioses Rechtsmittel zu gewähren. Vielmehr muß von den Parteien verlangt werden, daß sie sich, wenn nicht schon vor der Klageerhebung, so doch wenigstens im Verlauf einer Instanz darüber klar werden, was sie eigentlich wollen.

Entsprechendes gilt für eine Klage auf Auflösung einer OHG gem. § 133 HGB. Hier könnte der Fall folgendermaßen aussehen:

Nach dem Auflösungsurteil überlegt sich der klagende Gesellschafter, daß es für ihn doch günstiger wäre, das Geschäft gem. § 142 I HGB zu übernehmen und legt zwecks Klageänderung ein Rechtsmittel ein.

Auch hier würden unnötigerweise zwei Instanzen in Anspruch genommen, wo eine Instanz genügt hätte. Der Kläger hätte sich rechtzeitig überlegen müssen, welches Ziel er anstrebt.

Noch bedenklicher erscheint folgender

Fall: Nach dem Auflösungsurteil hält es der klagende Gesellschafter doch für zweckmäßiger, die OHG weiterzuführen. Der verklagte Gesellschafter ist nunmehr hierzu nicht mehr bereit, etwa wegen der Zerwürfnisse im Gefolge des Prozesses oder wegen einer bereits angeknüpften neuen Partnerschaft.

Nach der materiellen Theorie kann der Kläger ein Rechtsmittel einlegen und dann auf sein Klagebegehren verzichten. Stellt der Beklagte dann keinen Antrag auf Erlass eines Verzichtsurteils gem. § 306 ZPO, weil dieses ja seinen Absichten zuwiderliefe, so ist die Klage entweder für erledigt zu erklären (52) oder gleichwohl Verzichtsurteil zu erlassen (53). Jedenfalls wird die OHG nicht aufgelöst. Während also die Kündigung einer BGB-Gesellschaft als privatrechtliche Gestaltungserklärung bindet, ja sogar aus dem Grunde bedingungsfeindlich ist, weil das Rechtsverhältnis sonst in eine unsichere Schwebelage geriete, wäre die Auflösungsklage sogar noch nach Erlass eines stattgebenden Urteils ohne solche Bindungswirkung (54).

(52) so die Rechtsprechung, vgl. RG 115, 374; OLG Nürnberg HEZ 3, 33; OLG Braunschweig FamRZ 1956, 57.

(53) so wohl richtig Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 306, III 4 und N. 20

(54) Hierauf hat Böttcher auf der Zivilprozeßrechtslehrtagung 1968 hingewiesen. Vgl. den Bericht in JZ II 2 b. Dieser wird, wenn er entsprechend dem Grundgedanken der formellen Beschwer darauf hinweist, daß der Beklagte den siegreichen Kläger beim Wort muß nehmen können, von Bettermann, a. a. O. ZZP 82, 43 f. falsch interpretiert: Auch dieser Einwand treffe nicht die Beschwer, sondern sei ein Problem der Begründetheit. Sollte wirklich durch die Weigerung des Beklagten, in die Rücknahme der Gestaltungsklage einzuwilligen, ein Gestaltungsvertrag zustandegekommen sein, wie dies angeblich Blomeyers Konstruktion sei, so mache dies das Rechtsmittel unbegründet.

Die besonderen Verhältnisse bei Gestaltungs- und Gestaltungsabwehrklagen sowie bei Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechtsverhältnissen rechtfertigen es daher nicht, von der Theorie der formellen Beschwer abzugehen.

3. Die Beschwer durch die Bindungswirkung der aufgehenden und zurückverweisenden Berufungsurteile

Ein Rechtsmittel gegen ein zurückverweisendes Urteil ist nur statthaft, wenn das Oberlandesgericht als Berufungsgericht entschieden hat. Es kommt also nicht in Betracht gegen die zurückverweisenden Urteile des Bundesgerichtshofs sowie der Landgerichte als Berufungsinstanz. Nach allgemeiner Meinung (56) kommt der rechtlichen Beurteilung, die das Oberlandesgericht seiner Entscheidung zugrundegelegt hat, eine "innerprozessuale Bindungswirkung" analog § 565 II ZPO zu. Begründet wird dies damit, daß ohne diese Bindung der Zweck der Zurückverweisung nicht erreicht werden könnte (57). Ohne diese Bindungswirkung könnte das Landgericht in der Tat ebenso entscheiden, wie dies in der aufgehobenen Entscheidung geschehen war. Das Oberlandesgericht wäre dann nach erneuter Berufung gezwungen, selbst eine Sachentscheidung zu fällen, um seine Ansicht durchzusetzen.

(56) Stein-Jonas-Grunsky, § 538 IX; Rosenberg-Schwab, § 141 IV 4; Thomas-Putzo, § 538, 4 b; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 102 II 1. Schiedermair, JZ 1958, 277 (278) und Götz, a. a. O. JZ 1959, 683 u. 689 lehnen zwar die Analogie ab, leiten aber die Bindung aus der Stellung der Gerichte im Instanzenzug ab. BGH 25, 200 (203) = LM Nr. 40 zu § 549 ZPO = NJW 1958, 59; RG Seuffa 56, 113; RG Seuffa 69, 375 = Warneyer 1914 Nr. 344

(57) A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 102 II 1

Kommt der Rechtsstreit zum zweiten Mal vor das Berufungsgericht, so ist es nach dem Grundgedanken des § 318 ZPO an die Rechtsansicht gebunden, die es in dem aufhebenden und zurückverweisenden Urteil vertreten hatte (58). Schließlich ist auch das Revisionsgericht an diese Ansicht gebunden, da das Berufungsgericht bei seinem zweiten Urteil keinen Rechtsverstoß begangen hat, wenn es seine Bindung beachtet hat (59). Es wäre auch unsinnig, zwei Instanzen zu binden und der dritten Instanz die Möglichkeit zu geben, die Urteile der Vorinstanzen deswegen aufzuheben, weil diese entsprechend ihrer Bindung entschieden haben.

Um diese Bindungswirkung zu verhindern, hätte also gegen das erste Berufungsurteil Revision eingelegt werden müssen. Eine solche Revision muß im allgemeinen statthaft sein (60), da andernfalls die Meinung des Berufungsgerichts überhaupt nicht mehr in der dritten Instanz überprüft werden könnte, wie dies die Zivilprozeßordnung für Klagen, die am Landgericht in erster Instanz erhoben werden, vorsieht. Beide Parteien werden stets durch das Zurückverweisungsurteil formell beschwert, da keinem der Anträge durch eine Sachentscheidung entsprochen wurde (61). Sie sind also anfechtungsberech-

-
- (58) RG 58, 286; 149, 157; Warneyer 1934 Nr. 170; BGH 25, 200 (203 f.) Baumbach-Lauterbach, § 538, 1; A. Blomeyer, § 102 II 2 (S. 546); Rosenberg-Schwab, § 141 IV 4 (S. 744); Götz, a. a. O. JZ 1959, 682. Dagegen lehnt Bettermann, NJW 1955, 262 und DVBl. 1955, 22 die Selbstbindung des zurückweisenden Gerichts ab.
- (59) BGH 25, 200 (204); A. Blomeyer, § 102 II 3; Rosenberg-Schwab, § 141 IV 4; Baumbach-Lauterbach, § 538, 1 a. E.; Zöllner-Karch, § 538, 1.
- (60) Das Erfordernis der Zulassung der Revision bzw. der Revisionssumme bleibt unberührt, denn die Zurückverweisung soll den Instanzenzug ebensowenig erweitern wie verkürzen.
- (61) Ohndorf, a. a. O. S. 147 nimmt aus dem gleichen Grunde eine materielle Beschwer beider Parteien an. Die Feststellung, daß die Sache noch nicht zur Entscheidung reif sei, ist aber nicht der materiellen Rechtskraft fähig. Es liegt nur eine formelle Beschwer vor. Vgl. dazu Kap. **Y** 2 d.

tigt, wenn sie diese formelle Beschwer geltend machen und eine Sachentscheidung verlangen. Auf die Rechtsmittelvoraussetzung der Geltendmachung der Beschwer (62) muß hier besonders hingewiesen werden. Denn es liegt nahe, nur gegen einzelne Rechtsauffassungen des Berufungsgerichts vorzugehen. Dies entspricht der Auffassung von Brox (63), der jede Partei als durch die Bindungswirkung materiell beschwert sieht. Da sich nicht in jedem Fall vorhersagen lasse, für welche Partei sich die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung nachteilig auswirke, sei jede Partei anfechtungsberechtigt. Die Möglichkeit, daß eine Partei den Prozeß verliere und die bindende Ansicht des Berufungsgerichts dafür ursächlich sei, reiche aus. Nicht zu beanstanden ist, wenn Brox den Erfordernissen der Praxis darin entgegenkommt, daß die Möglichkeit einer materiellen Beschwer ausreiche. Denn der Rechtsmittelkläger wird selbst darauf achten, daß er nur ein Urteil angreift, das ihm nachteilig werden kann.

Die Unbrauchbarkeit des materiellen Beschwererfordernisses zeigt sich jedoch in Folgendem: Macht der Revisionsführer eine materielle Beschwer durch die Bindungswirkung einzelner Rechtsausführungen des Berufungsgerichts geltend, so müßte er streng genommen seinen Revisionsantrag dahin fassen, eine gegenteilige Rechtsauffassung als richtig festzustellen. Wie soll aber der Revisionsbeklagte dazu Stellung nehmen? Er könnte z. B. der Meinung sein, daß die angefochtene wie die vom Revisionskläger vertretene Rechtsauffassung sich jeweils umgekehrt auf den Ausgang des Rechtstreits auswirken würde, als der Revisionskläger glaubt. Der Revisionsbeklagte hätte dann keinen Anlaß, das Kostenrisiko der Revisionsinstanz auf sich zu nehmen. Er müßte die Möglichkeit haben, das Re-

(62) Vgl. Kap. VII

(63) a. a. O. ZJP 81, 399

visionsbegehren anzuerkennen. Anerkenntnisurteile über bloße Rechtsansichten sind aber nicht zulässig, denn die Dispositionsfreiheit der Parteien erstreckt sich nicht auf präjudizielle Rechtsfragen. Daraus folgt, daß das eigentliche Prozeßbegehren des Revisionsführers, nämlich das Klage- oder Abweisungsbegehren, in die Revisionsanträge aufgenommen werden muß. Denn nur dieses Begehren richtet sich eindeutig gegen die andere Partei. Rechtsmeinungen des Gerichts der Vorinstanz können nur zusammen mit dem ganzen Streitgegenstand zur Überprüfung durch das Revisionsgericht gestellt werden. Das bedeutet hier, daß der Revisionskläger u. U. die Revision einlegen muß, obwohl er weiß, daß er im Entscheidungssatz unterliegen und daher die Kosten tragen wird, weil die Zurückverweisung berechtigt war. Er muß dies dann tun, wenn er ihm nachteilige bindende Rechtsausführungen des Berufungsgerichts beseitigen will. Damit befindet er sich in derselben Position wie ein Kläger, dessen Klage aus einem unrichtigen Grunde als unzulässig abgewiesen wurde, und der erkannt hat, daß die Klage aus einem anderen, aber in der Zukunft behebbaren Mangel abzuweisen ist. Dieser muß ebenfalls sein Klagebegehren mit der Berufung weiterverfolgen und kann sich nicht auf die Anfechtung des unrichtigen Entscheidungsgrundes beschränken, obwohl er dann auch in der Berufungsinstanz unterliegt.

Der Rechtsmittelführer gegen ein Zurückverweisungsurteil muß sich also auf seine formelle Beschwerde berufen. Die Bindungswirkung der Berufungsurteile vermag zwar eine materielle Beschwerde herbeizuführen. Deren Geltendmachung führt jedoch nicht zur Zulässigkeit des Rechtsmittels.

4. Die Beschwerde durch die Bindungswirkung der Grundurteile

Grundurteilen kommt eine innerprozessuale Bindungswirkung gem. § 318 ZPO zu. Diese vermag wie jede Urteilswirkung eine Beschwerde zu begründen. Ist diese Beschwerde eine formelle oder eine materielle?

Beispiel:

A klagt gegen B auf Ersatz von DM 3.000,-- Sachschaden. Das Gericht erläßt gem. § 304 ZPO ein Grundurteil, in dem es das Klagebegehren dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. In den Entscheidungsgründen wird als Anspruchsgrundlage § 7 StVG genannt.

Dieses Urteil entspricht weder dem Antrag des Klägers, der auf Verurteilung zur Zahlung lautete, noch dem Abweisungsantrag des Beklagten. Zudem liegt die Entscheidung gem. § 304 ZPO im Ermessen des Gerichts. Anträge der Parteien sind insoweit also bloße Anregungen. Die Bindungswirkung der Grundurteile scheint daher nur materiell zu beschweren. Da Grundurteile gerade deswegen ergehen, um die Möglichkeit der gesonderten Anfechtung zu eröffnen, scheint eine Ausnahme vom Grundsatz der formellen Beschwerde erforderlich zu sein (64). Diese Ausnahme würde der formellen Theorie keinen Abbruch tun, denn diese erhebt einen Gültigkeitsanspruch nur bei antragsbedingten Entscheidungen.

Diese Betrachtungsweise übersieht jedoch, daß das Grundurteil sehr wohl eine Stellungnahme zum Prozeßbegehren der Parteien enthält. Es stellt sich daher auch die Frage nach der formellen Beschwerde. Der Klageantrag wurde dahin beschieden, daß er dem Grunde nach gerechtfertigt sei. Darin kann keine materielle Beschwerde liegen. Der Kläger ist auch nicht formell beschwert. Zwar haben wir

(64) so Schwab, Festschrift f. Bötticher S. 339 f.

oben (65) festgestellt, daß Entscheidungen, die hinter dem Begehren einer Partei zurückbleiben, ohne dieses Begehren abzuweisen, diese Partei formell beschweren. Es wurde jedoch hervorgehoben, daß dies nur für instanzbeendigende Entscheidungen, wie Prozeßurteile und Zurückverweisungsurteile, gilt. Dort blieb das Gericht in der angegangenen Instanz hinter dem Rechtsschutzbegehren der Parteien zurück. Ergeht jedoch ein Grundurteil, so steht die gleiche Instanz für das Betragsverfahren zur Verfügung, d. h. es wird noch in der gleichen Instanz voller Rechtsschutz gewährt. Wird das Grundurteil dagegen im Rechtsmittelverfahren aufgehoben und die Klage abgewiesen, dann erübrigt sich das Betragsverfahren auch für den Kläger. Dieser wird andererseits durch ein Urteil, das seinen Anspruch vollen Umfangs für begründet erklärt, weder materiell noch formell beschwert.

Ein solches Urteil beschwert den Beklagten nicht nur materiell, sondern auch formell. Denn es steht im Widerspruch zu seinem Abweisungsbegehren. Zwar besteht die theoretische Möglichkeit, daß er im Betragsverfahren noch voll obsiegt, wenn der Kläger keinerlei Schaden nachweisen kann. Die Frage der Beschwer durch das Grundurteil stellt sich jedoch schon bei dessen Erlaß, da bereits zu diesem Zeitpunkt die Anfechtungsberechtigung geprüft werden muß. Hier zeigt sich wieder einmal (66) ein Zusammenhang zwischen formeller Beschwer und einzelnen Elementen des Parteivorbringens. Ein Grundurteil wird nur ergehen, wenn der Beklagte den Grund des Anspruchs bestreitet. Wird der Grund des Anspruchs durch das Gericht bejaht, so weist es damit zwar noch nicht das Abweisungsbegehren im ganzen zurück, jedoch lehnt es eine wesentliche Voraussetzung für den Erfolg

(65) vgl. Kap. V 3 b

(66) vgl. oben Kap. VI

des Abweisungsbegehrens ab. Diese Wirkung kann gemäß § 304 II ZPO einziger Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens sein. Der gesetzlichen Sonderregelung, die auf dem Grundsatz der Prozeßökonomie beruht, entspricht es, die Elemente des Streitgegenstandes auch selbständig der Disposition der Parteien zu unterstellen. Daher ist Schwab (67) zuzustimmen, daß ein Grundurteil als Anerkenntnisurteil ergehen kann, wenn der Beklagte anerkennt, daß der Anspruch dem Grunde nach besteht, aber seine Höhe bestreitet. Dann ist es aber auch gerechtfertigt, eine formelle Beschwer des Beklagten zu bejahen, wenn ein Grundurteil ohne ein solches Anerkenntnis ergeht.

Wird der Klageanspruch nur zum Teil dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, so kommt eine formelle Beschwer auch des Klägers in Betracht.

Beispiel:

A verlagt B auf Ersatz von Sachschäden in Höhe von DM 60.000,--. Es ergeht ein Grundurteil, das die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, soweit der Anspruch aus § 7 StVG hergeleitet wird. Da der Haftungshöchstbetrag für Sachschäden gem. § 12 I Ziff. 2 StVG nur DM 50.000,-- beträgt und Verschulden (§ 823 BGB) verneint wird, ergeht in Höhe von DM 10.000,-- ein abweisendes Teilendurteil.

Der Kläger ist hier offensichtlich in Höhe von DM 10.000,-- formell beschwert. Wie verhält es sich aber in der folgenden Fallvariante:

(67) Rosenberg-Schwab, § 134 IX 2

Das Grundurteil erklärt die Klage des A gem. § 7 StVG dem Grunde nach für gerechtfertigt. Den Haftungsgrund der unerlaubten Handlung verneint es, ohne jedoch die Klage in Höhe von DM 10.000,-- abzuweisen.

In der Rechtsprechung (68) ist dieser Fall nicht selten, daß ein Grundurteil einen Klagegrund bejaht, einen anderen weitergehenden aber verneint, ohne insoweit ein abweisendes Teilendurteil zu erlassen. Das einen Klagegrund ausschließende Grundurteil schafft aber keine Rechtskraft, sondern führt lediglich zu einer innerprozessualen Bindungswirkung, die im Betraysverfahren und im Rechtsmittelverfahren gem. § 318 ZPO zu beachten ist (69). Dies gilt nicht nur für die Bejahung des einen Klagegrundes, sondern auch für die Verneinung des anderen (70).

Hier zeigt sich noch deutlicher, daß die Bindungswirkung des Grundurteils formell zu beschweren vermag. Denn das Grund- und Teilendurteil im Ausgangsfall kommt dem bloßen Grundurteil in der Fallvariante in seinen Wirkungen auf das Prozeßbegehren gleich. Mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft kann das Klagebegehren jedenfalls in Höhe von DM 10.000,-- keinen Erfolg mehr

(68) RG 91, 408 (411); 97, 25 (29); JW 1935, 3463

(69) BGH JZ 1960, 257; RG 132, 16 (20); 151, 5 (8);
Warneyer 1939 Nr. 71.

(70) So die überwiegende Rechtsprechung und Lehre: OLG Bremen ZZP 65, 281; BGH LM Nr. 1 zu § 66 ZPO; BGH JZ 1960, 256; Rosenberg-Schwab § 58 IV 2 h (S. 267); Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 304, III 2; Thomas-Putzo § 304, 3 b. Dagegen schließt Götz, a. a. O. JZ 1959, 687, eine andere Qualifikation im Betraysverfahren auch dann aus, wenn diese im Grundverfahren nicht geprüft und im Grundurteil folglich nicht verneint wurde. Bötticher, a. a. O. JZ 1960, 240, lehnt die Bindung an die Qualifikation ganz ab; ebenso A. Blomeyer, § 83 V 4 b (S. 416 f.)

haben. Im Ausgangsfall wird dies bereits durch das Teilendurteil ausgesprochen. In der Fallvariante wird dies erst im Tenor des Endurteils nach Abschluß des Betragsverfahrens deutlich, steht aber schon mit der formellen Rechtskraft des Grundurteils fest. An sich würde es der Schaffung klarer Verhältnisse dienen, wenn die Gerichte zugleich mit einem Grundurteil, das einen weitergehenden Anspruchsgrund verneint, ein abweisendes Teilendurteil erließen (71).

Die gegenteilige Praxis ist jedoch prozeßrechtlich nicht zu beanstanden, da in § 301 ZPO nur die Pflicht des Gerichts normiert ist, ein zusprechendes Teilendurteil alsbald nach Entscheidungsreife zu erlassen. Diese Gerichtspraxis kann aber bedenklich werden, wenn sie dazu führt, daß der Kläger seine (formelle oder materielle) Beschwer gar nicht mehr ohne weiteres zu erkennen vermag. So könnte es in unserem Beispiel sein, daß das Gericht weder in den Entscheidungsgründen noch in der mündlichen Verhandlung deutlich macht, welche Auswirkungen die Verneinung einer unerlaubten Handlung hat. Übersieht der Kläger bzw. sein Anwalt die Haftungshöchstgrenze gem. § 12 StVG, so lassen sie die Rechtsmittelfrist verstreichen in dem Glauben, das Grundurteil ermögliche den vollen Erfolg der Klage.

Eine unklare Situation entsteht auch dann, wenn in einem Grundurteil ein Klagegrund verneint, zugleich aber ein anderer bejaht wird, der dem gesamten Klagebegehren als Anspruchsgrundlage dienen kann.

Beispiel:

A klagt gegen B DM 50.000,-- Sachschadenersatz ein. Im Grundurteil wird die Haftung aus unerlaubter Handlung verneint, die Gefährdungshaftung gem. § 7 StVG bejaht.

(71) BGH JZ 1960, 256; Wieczorek, B II b 1 u. C III zu § 304; Bötticher, a. a. O. JZ 1960, 242 (I 4); Ohndorf, a. a. O. S. 146

Dieses Urteil ist dem Kläger in keiner Weise nachteilig und beschwert ihn weder formell noch materiell, da die Verneinung der unerlaubten Handlung ohne Folge für das spätere Endurteil ist. Daher ist Bötticher (72) beizupflichten, daß die Ausscheidung einzelner Klagegründe im Grundurteil nur dann geboten ist, wenn damit eine Höchstgrenze für das Bettragsverfahren festgelegt wird. Urteile sind nie dazu da, nur theoretische Rechtsfragen zu klären. Selbst wenn man die Verneinung der unerlaubten Handlung im letztgenannten Beispiel nicht lediglich als obiter dictum, sondern als der innerprozessualen Bindungswirkung (73) fähig ansieht, fehlt es an einer materiellen und formellen Beschwer durch diese Bindungswirkung (74). Das Beschwererfordernis verhindert also ein Rechtsmittel, um die hier nur theoretische Rechtsfrage nach dem Vorliegen einer unerlaubten Handlung zu überprüfen.

(72) in: Das Grundurteil gem. § 304 ZPO mit Höchstgrenze, JZ 1960, 240 (240 f.)

(73) Die innerprozessuale Bindungswirkung ist der materiellen Rechtskraft wesensgleich. Vgl. Götz, Die innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen im Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsprozeß, JZ 1959, 681 (687f).

Dieser Begriff drückt nur besonders anschaulich aus, daß das Gericht z. B. bei Grundurteilen noch in der gleichen Instanz beachten muß, welche Feststellungen es bereits verbindlich getroffen hat. Die materielle Rechtskraft des Endurteils umfaßt auch die Feststellungen im Grundurteil, ohne daß diese damit einen höheren Grad der Maßgeblichkeit erlangen. Übrigens kommt auch der materiellen Rechtskraft eine "innerprozessuale Bindungswirkung" zu, insofern das erkennende Gericht das einmal verkündete oder zugestellte (§ 310 II ZPO) Urteil nicht aufheben oder abändern darf (vgl. Rosenberg-Schwab, § 60 I 1).

(74) anders Ohndorf, a. a. O. S. 146: Soweit eine Bindung an die Qualifikation bejaht werde, sei auch eine Beschwer durch die Qualifikation möglich.

Dagegen wendet sich Bötticher (75) zu Unrecht gegen Götz (76), wenn er meint, daß nur die Begrenzung des Klageanspruchs der Höhe nach, nicht aber seine Qualifizierung an der innerprozessualen Bindungswirkung teilhat. Denn diese Qualifikation ist Bestandteil des Subsumtionsschlusses, soweit dem Kläger im Endurteil etwas zugesprochen wird (77). Dieser Teil des Subsumtionsschlusses steht aber mit der formellen Rechtskraft des Grundurteils bereits fest. Dies ist nur kraft der innerprozessualen Bindungswirkung denkbar. Die Rechtskraft des Endurteils tritt also gleichsam an die Stelle der innerprozessualen Bindungswirkung des Grundurteils, so daß man beide mit Recht als "wesensgleich" bezeichnet (78). Wie bereits oben angenommen, wird die Beschwer des Beklagten durch diese Bindungswirkung, die im Widerspruch zu seinem Abweiserungsbegehren steht, begründet. Die Beschwer des Klägers liegt dagegen in der Bestimmung einer Höchstgrenze, wenn die Höchstgrenze hinter dem Klagebegehren zurückbleibt.

(75) a. a. O. S. 241 f. (3.)

(76) a. a. O. S. 687 f. (2 a)

(77) Vgl. hierzu Kap. VIII 1 a

(78) so Götz, a. a. O. S. 687; Bötticher, a. a. O. S. 241; Ohndorf, a. a. O. S. 143 f.

IX. Die Beschwerde durch Scheidungs- und Eheaufhebungsurteile

Bereits einleitend (1) wurde mitgeteilt, daß die Rechtsprechung den Begriff der Beschwerde vorwiegend in Ehesachen entwickelt hat. Die Untersuchung hierzu wurde bewußt zurückgestellt, da die Rechts- und Interessenlage bei Scheidungs- und Eheaufhebungsurteilen (1a) Besonderheiten aufweist. Es wäre auch gar nicht möglich, diese Fälle in die obigen Kapitel, die je einer Entscheidungswirkung gewidmet sind, einzuordnen. Denn neben der Auflösung der Ehe (Gestaltungswirkung) enthält das Scheidungsurteil noch ein Feststellungsurteil über die Schuldfrage. Dieses hat Tatbestandswirkung für die Unterhaltsansprüche und damit schwerwiegende Folgen. Die Parteien können sich durch beide Entscheidungen beschwert fühlen oder auch nur durch die Rechtskraft- und Tatbestandswirkung des Schuldausspruches. Dieser weist zudem mehrere Abstufungen auf. Die Skala reicht von der alleinigen oder überwiegenden Schuld des einen Teils über die beiderseitige Schuld oder das Fehlen eines Schuldausspruches bis zur alleinigen oder überwiegenden Schuld des anderen Teils mit ganz unterschiedlichen Unterhaltsfolgen (§§ 58 ff. EheG). Häufig dienen Rechtsmittel nur der Abänderung des Schuldausspruches.

Im Falle der Abweisung einer Scheidungsklage tritt außerdem beim Kläger die Präklusionswirkung des § 616 S. 1 ZPO, beim Beklagten die Präklusionswirkung des § 616 S. 2 ZPO ein; dh. die Parteien können in einem neuerlichen Prozeß solche scheidungsbegründenden Tatsachen nicht mehr geltend machen, die sie mit der Klage oder mit einer Widerklage bereits im früheren Verfahren hätten vorbringen können. Beim Erlaß eines Scheidungsurteils werden nicht geltendgemachte Scheidungsgründe zwar nicht ausdrücklich durch eine gesetzliche Vorschrift

(1) Kap. I 2

(1a) Letztere werden im folgenden nicht jeweils eigens erwähnt. Für sie gilt regelmäßig das Gleiche wie für Scheidungsurteile.

präkludiert. Faktisch wird eine Präklusion jedoch dadurch erreicht, daß nach Erlaß des Scheidungsurteils eine erneute Scheidungsklage nicht mehr möglich ist, denn eine Ehe kann nicht zweimal geschieden werden. Wie zu zeigen sein wird, besteht aber in zahlreichen Fällen ein Bedürfnis, auch nach der Scheidung weitere Scheidungsgründe geltend machen zu lassen, um einen anderen Schuldausspruch zu erreichen. Dem könnte zwar durch die Zulassung einer isolierten Schuldfeststellungsklage (2) abgeholfen werden, für die gegenwärtige Gerichtspraxis ist aber von einer faktischen Präklusion auszugehen.

Dies sind die Wirkungen der Scheidungsurteile, denen eine Lehre von der Beschwer gerecht werden muß. Der Umstand, daß die Urteile in Ehesachen mehrere Wirkungen nebeneinander haben, weist allerdings nur auf die Vielfalt der Formen materieller Beschwer hin. Die materielle Beschwer wird als Rechtsmittelvoraussetzung aber erst dann bedeutsam, wenn eine formelle Beschwer nicht verlangt werden kann (3). Das ist entsprechend dem Grundgedanken der formellen Beschwer dann der Fall, wenn die Parteien an ihren Anträgen nicht festgehalten werden können, weil es ihnen nicht möglich oder zumutbar war, bereits in der ersten Instanz die Anträge zu stellen, die in ihrem Rechtsmittel gestellt werden. In der folgenden Übersicht werden die Fallkonstellationen aufgeführt, in denen möglicherweise keine formelle Beschwer gefordert werden kann.

1. Der Scheidungsbeklagte braucht sich nicht anwaltschaftlich vertreten zu lassen; dann kann er auch keinen Sachantrag stellen, an dem sich eine for-

(2) Diesen Weg ist die Rechtsprechung schon im internationalen Scheidungsrecht gegangen. Vgl. BGH 34, 134; KG NJW 1963, 1160

(3) vgl. Kap. VIII 1 C

melle Beschwer messen ließe. Ist in diesem Falle die materielle Beschwer ausreichend oder wird der vom Beklagten bekundete Wille, die Ehe zu scheiden oder aufrechtzuerhalten, einem entsprechenden Antrag gleichgeachtet?

2. Rechtfertigt es das allgemeine Interesse an einer Aufrechterhaltung der Ehe, Rechtsmittel des Klägers oder des Beklagten zuzulassen, obwohl der Rechtsmittelführer nicht formell beschwert ist?
3. Widersetzt sich der Beklagte in erster Instanz der Scheidung, so wird er vielfach davon absehen, für den Fall der Scheidung hilfsweise Tatsachen vorzutragen, die für die Schuld oder Mitschuld des Klägers an der Zerrüttung der Ehe sprechen. Denn ein solcher Tatsachenvortrag könnte zu einer Verschärfung des Scheidungsstreites führen, die eine Versöhnung unmöglich macht. Muß man dem Beklagten daher die Möglichkeit geben, Widerklage oder Schuldantrag mit einem Rechtsmittel nachzuholen?
4. Wünschen beide Parteien die Scheidung, so beschränken sie ihr Vorbringen in der ersten Instanz häufig auf einen Scheidungsgrund, den sie für ausreichend halten, um nicht "alle schmutzige Wäsche vor Gericht waschen zu müssen". Hält das Gericht aber wider Erwarten den Scheidungsgrund des Klägers nicht für ausreichend und steht dem Beklagten ein anderer Scheidungsgrund zur Verfügung, so kommt eine Widerklage des Beklagten in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels in Frage. Soll dieses Rechtsmittel zulässig sein und worin wäre die Beschwer zu sehen?
5. Ein rechtskräftiges Scheidungsurteil präkludiert die Geltendmachung weiterer Scheidungsgründe, da die Rechtsprechung eine isolierte Schuldfeststellungs-

klage nicht zuläßt. Nun kann es aber geschehen, daß dem Kläger oder Beklagten erst nach der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz ein Scheidungsgrund bekannt wird, der einen für ihn günstigeren Schuldausspruch ermöglicht. Soll dieser Scheidungsgrund noch mit einem Rechtsmittel, also innerhalb der Rechtsmittelfrist, geltend gemacht werden können, auch wenn keine formelle Beschwerde vorliegt?

Hiermit sind nur diejenigen Umstände angesprochen, die es möglicherweise rechtfertigen, von der Verantwortlichkeit der Parteien für ihre Anträge abzusehen. Um zu beurteilen, ob vom Grundsatz der formellen Beschwerde im Bereich der Ehesachen nicht etwa nur Ausnahmen zu machen sind, sondern im Gegensatz zu den vermögensrechtlichen Streitigkeiten ganz vom Grundsatz der materiellen Beschwerde auszugehen ist, müssen die folgenden Fälle analysiert werden.

1. Der Beklagte stellt in der ersten Instanz keinen Antrag.

Im Scheidungsprozeß kann ein kontradiktorisches Urteil ergehen, auch wenn der Beklagte unvertreten bleibt und deshalb keinen Antrag stellen kann. Für die Rechtsprechung ergibt sich die Zulässigkeit seines Rechtsmittels schon daraus, daß sie den Beklagten stets als beschwert ansieht, wenn das Urteil "seinem Inhalt nach für ihn nachteilig ist" (4), also eine materielle Beschwerde vorliegt. Das ist der Fall, wenn das Urteil der Scheidungsklage stattgibt.

Zum gleichen Ergebnis kommt hier aber auch die formelle Theorie, die ja ebenfalls auf die materielle Beschwerde

(4) BGH LM Nr. 3 zu § 511 ZPO

abstellt, wenn ein Antrag nicht gestellt zu werden brauchte (5). Es bestünde allerdings die Möglichkeit, für die Frage der formellen Beschwer eine Willensäußerung des Beklagten anstelle des durch einen Anwalt zu stellenden Sachantrags heranzuziehen. Der Beklagte wäre also nur dann formell beschwert und anfechtungsberechtigt, wenn er zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Aufrechterhaltung der Ehe wünsche. Eine solche Regelung ist jedoch nicht sachgerecht, denn der anwaltlich nicht vertretene Beklagte wird sich häufig der unterhaltsrechtlichen Konsequenzen der Scheidung nicht bewußt sein.

Ein Rechtsmittel des unvertretenen Beklagten gegen ein Scheidungsurteil ist also kraft materieller Beschwer statthaft, wenn in zweiter Instanz Abweisung der Scheidungsklage begehrt wird.

Muß das Gleiche gelten, wenn der Beklagte anwaltlich vertreten war, der Anwalt aber keinen Antrag oder nur den Antrag, "nach Sachlage zu entscheiden", stellte? Diese Frage ist wohl nur theoretisch, denn in diesen Fällen handelt es sich regelmäßig um einverständliche Scheidungen, deren Folgen von den Anwälten in einer Scheidungsvereinbarung geregelt oder zumindest bedacht werden, soweit man es bei den gesetzlichen Folgen beläßt. Ein Rechtsmittel des Beklagten würde hier dem Grundgedanken der formellen Beschwer widersprechen. Denn der Beklagte hat durch sein Prozeßverhalten zum Ausdruck gebracht, daß er ebenfalls die Scheidung wünscht. Für dieses Prozeßbegehren hat unser Verfahrensrecht keine vorgeschriebene Form. Einen Scheidungsantrag im eigentlichen Sinne kann nur der widerklagende Beklagte stellen. Die Verantwortung des Beklagten

(5) ebenso A. Blomeyer, Festschrift f. Fragistas, S. 464 und Rosenberg-Schwab, § 137 II 3 c.

muß daher hier unmittelbar an sein Prozeßverhalten anknüpfen, aus dem sich sein Prozeßziel ablesen läßt. Zwar ist die Dispositionsfreiheit des Scheidungsbeklagten darin beschränkt, daß er nicht durch ein Anerkenntnis die Voraussetzung für ein Anerkenntnisurteil schaffen kann. Das heißt jedoch nicht, daß es ihm untersagt wäre, sich das Prozeßziel des Klägers, die Scheidung der Ehe, auch ohne Widerklage zu eigen zu machen. Teilt der Beklagte mit, daß die Scheidung der Ehe auch sein Prozeßziel sei, so wird er sein gesamtes Prozeßverhalten an diesem Ziel ausrichten. Dies rechtfertigt es, auch in dem formlosen Scheidungsbegehren des Beklagten eine verantwortliche Stellungnahme, also einen Dispositionsakt, zu sehen. Das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe (6) vermag ihn von seiner Verantwortung nicht zu entbinden. Denn dieses öffentliche Interesse geht nicht so weit, die Ehe unter allen Umständen aufrechtzuerhalten. Die Scheidung mag für den einen Ehegatten schmerzlicher als für den anderen sein. Trotzdem muß er sich einmal darüber klar werden, ob er sich dem Scheidungsbegehren des anderen widersetzen will oder nicht. Dazu hat er vor dem Prozeß und bis zur letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz ausreichend Gelegenheit.

Dabei geht es gar nicht in erster Linie um die Entlastung des Instanzenzuges, sondern um die berechtigten Belange des Scheidungsklägers. Auch für diesen ist das Scheidungsverfahren eine schwere Last, die durch jede weitere Instanz schwerer wird. Gelingt es dem Beklagten tatsächlich, in der Rechtsmittelinstanz die Abweisung der Klage zu erreichen, so ist es äußerst unwahrscheinlich, daß der Kläger zu einer ehewilligen Gesinnung zurückfindet. Dies ist sogar beim Beklagten nicht sehr wahrscheinlich. Es ist daher angebracht, den Beklagten an seinem Prozeßverhalten erster Instanz festzuhalten.

(6) Dieses wird von Lent, NJW 1957, 667, Baur, Festschrift f. Lent S. 15 und A. Blomeyer, Festschrift f. Fragistas S. 464, angeführt und ebenso wie von der Rechtsprechung als Grund für Ausnahmen von der formellen Beschwer angegeben.

2. Rechtsmittel des Klägers in favorem matrimonii

Nach verbreiteter Ansicht (7) soll ein Rechtsmittel trotz Fehlens der formellen Beschwer zulässig sein, wenn der Kläger (oder Widerkläger), der antragsgemäß ein Scheidungsurteil erreicht hat, das Rechtsmittel nur deshalb einlegt, um die Ehe durch Klagerücknahme oder Klageverzicht aufrechtzuerhalten; denn in diesen Fällen gehe das Allgemeininteresse an der Eheerhaltung vor. Auch der Bundesgerichtshof (8) läßt diese Ausnahme zu. Ein zusätzliches Argument für diese Rechtsprechung läßt sich allerdings nicht daraus ableiten, daß der Kläger hier lediglich seine bereits erlangte Rechtsposition wieder aufgeben, was bei allen anderen Entscheidungen als Gestaltungsurteilen durch Nichtgebrauch des Urteils geschehen könne (9).

Die Gestaltungswirkung bringt ja Vor- und Nachteile für beide Parteien mit sich. Der Kläger würde also durch Klagerücknahme oder -verzicht nicht nur seine Rechtsposition aufgeben, sondern auch dem Beklagten Rechte entziehen. Auch wenn das Urteil auf dem Gestaltungsanspruch des Klägers beruht, so ergeht es doch nicht ausschließlich in dessen Interesse. Deshalb ergab sich auch schon bei anderen Gestaltungsklagen (9a), daß ein Klageverzicht in zweiter Instanz schutzwürdige Interessen des Beklagten verletzt und daher prozeßrechtlich verhindert werden muß.

Zunächst soll der Fall geprüft werden, daß auch der Beklagte die Ehe fortsetzen will. Den Parteien muß es auch nach Erlaß eines Scheidungsurteils möglich sein, dessen Rechtskraft einverständlich zu verhindern. Es

(7) wie N. 6

(8) BGH NJW 1952, 705; 1957, 1401; 1960, 675; 1964, 549.

(9) so Baur, a. a. O. S. 4; ähnlich Brox, a. a. O. S. 391

(9a) oben VIII 2

sollte ihnen nicht zugemutet werden, noch einmal vor dem Standesbeamten zu erscheinen. Ein "eheloses" Intervall zwischen Scheidung und Neuverheiratung würde außerdem einen zweimaligen Wechsel im Personenstand bedeuten. Dieser müßte von einem Beamten z. B. seinem Dienstherrn gemeldet werden. Jedoch bedarf es der Einlegung eines Rechtsmittels gar nicht. Denn Klagerücknahme mit Einwilligung des Beklagten ist auch "zwischen den Instanzen" möglich (10).

Wie verhält es sich jedoch, wenn der Beklagte die Ehe nicht fortsetzen will? Die Rechtsprechung (11) läßt hier das Rechtsmittel des Klägers zu. Dieser kann dann in der Rechtsmittelinstanz Klageverzicht erklären. Da der Beklagte keinen Antrag auf Erlaß eines Verzichtsurteils stellen wird, wenn er die Scheidung der Ehe wünscht, wird die Klage dann nach einer dogmatisch bedenklichen Rechtsprechung (12) für erledigt erklärt. Aber auch wenn man mit Schumann und Leopold (13) ein Verzichtsurteil ohne einen dahingehenden Antrag erläßt, kann hier der Kläger im Ergebnis seine Klage ohne Einwilligung des Beklagten zurücknehmen. Dafür läßt sich wiederum das öffentliche Interesse an der Eheerhaltung ins Feld führen.

Es ist aber zu bedenken, daß die Klagepartei jedenfalls bis zur letzten mündlichen Verhandlung Gelegenheit hatte, auf ihren Klageanspruch zu verzichten. Anlaß, vom Scheidungsbegehren nach Erlaß des Scheidungsurteils abzugehen, dürfte dann so gut wie nie ein neu erwachter

(10) Lent-Jauernig, § 91 VIII; Lüderitz, NJW 1964, 1075 f.;
Diedrichsen, FamRZ 1966, 610, Schwab, Festschrift
Schnorr v. Carolsfeld (1973), S. 445/451 f.

(11) wie N. 8

(12) RG 115, 374; OLG Nürnberg HEZ 3, 33; OLG Braunschweig
FamRZ 1956, 57. Dagegen erheben Rosenberg-Schwab,
§ 167 III 8c (S. 883) und Stein-Jonas-Schumann-Lei-
pold, § 306, III 4 und vor allem N. 20 zu Recht Be-
denken.

(13) in Stein-Jonas, § 306, III 4

Wille zur Fortführung der Ehe trotz ablehnender Haltung des anderen Ehepartners sein. Anlaß wird vielmehr nur der Schuldausspruch, insbesondere wegen seiner erheblichen unterhaltsrechtlichen Folgen, sein. Denn der eheliche Unterhaltsanspruch ist ja vorteilhafter als der Unterhaltsanspruch selbst bei Alleinschuld des anderen Ehegatten und erst recht als bei beiderseitigem Verschulden. Nun ist es zwar Tatsache, daß viele Ehegatten von einer Scheidungsklage nur aus unterhaltsrechtlichen (bisweilen auch erbrechtlichen) Gründen absehen und damit die Ehe mißbrauchen. Das kann aber kein Grund dafür sein, daß die Gerichte einer solchen Manipulation noch die Hand reichen, wenn bereits ein Scheidungsurteil erwirkt wurde.

Besonders bedenklich erscheint die Rechtsprechung, wenn der Widerkläger durch seinen Verzicht auf den Scheidungsanspruch auch noch die Beseitigung seiner Mitschulderklärung erreichen kann. Instruktiv ist hier ein Fall, den das Reichsgericht entschied (14):

Die Vorinstanzen hatten die Ehe auf die Widerklage hin geschieden und die Beklagte und Widerklägerin entsprechend dem Antrag des Klägers gem. § 52 III EheG für mitschuldig erklärt. Mit der Revision verzichtete die Widerklägerin auf ihren Scheidungsanspruch und beantragte unter Aufhebung des Berufungsurteils den Rechtstreit für erledigt zu erklären. Der Widerbeklagte beantragte Zurückweisung der Revision. Das Reichsgericht entsprach dem Antrag der Widerklägerin.

Der Mißbrauch ist hier augenfällig. Daher ist trotz der entgegenstehenden ständigen Rechtsprechung (15) eine Durchbrechung der formellen Beschwer, um dem Schei-

(14) RG 115, 374

(15) wie N. 8, 12

dungskläger einen Klageverzicht zu ermöglichen, nicht angebracht. Und zwar auch in dem Fall, daß der Beklagte ebenfalls die Ehe aufrechterhalten will, da dann die Rücknahme der Scheidungsklage auch noch nach Urteilserlaß ohne Rechtsmitteleinlegung möglich ist.

3. Der Beklagte erhebt in der Berufung Widerklage

a) Der Beklagte hatte sich in erster Instanz der Scheidung widersetzt

In diesem Fall kann nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (16), die in der Literatur (17) Zustimmung findet, der Beklagte Berufung einlegen, um die Scheidungswiderklage aufgrund bisher nicht geltend gemachten Verhaltens des Klägers zu erheben. Diese Rechtsprechung ist zu billigen. Die Rechtsmittelbefugnis des Beklagten beruht auf einer formellen Beschwerde. Das Rechtsmittel des Beklagten ist allerdings nicht schon deshalb zulässig, weil die Ehe geschieden wurde, obwohl er Abweisung der Scheidungsklage beantragt hatte. Denn diese formelle Beschwerde macht er nicht geltend, da er mit der Widerklage ebenfalls die Scheidung begehrt. Das erstinstanzliche Scheidungsurteil beschwert den Beklagten jedoch nicht nur durch die Gestaltungswirkung des Ausspruches über die Scheidung der Ehe, sondern auch durch die Schuldfeststellung. Mit dem erstinstanzlichen Abweisungsantrag hat sich der Beklagte auch gegen diese Urteilswirkung gewandt. Verlangt er mit der Widerklage eine andere Schuldfeststellung, so macht er damit eine formelle Beschwerde geltend.

(16) RG 106, 221; 115, 86; 123, 365; JW 1928, 2132 Nr. 15
(17) Stein-Jonas-Grunsky, Ein/V 3 b vor § 511; Bettermann, ^{278 87, 368 (III 1d)} ZFP 81, 392 u. 408 (III 4 a u. IV 2 c), Ohndorf, a. a. O. S. 152 lassen Rechtsmittel bereits wegen materieller Beschwerde durch die Präklusionswirkung zu. (also auch bei Klageabweisung).

Dies ist anhand der verschiedenen Fallvarianten zu erläutern.

1. Variante:

Wurde die Ehe in erster Instanz aus seinem Alleinschulden geschieden und begehrt er nunmehr Scheidung auch aus dem Verschulden des anderen Teils, so zielt die Widerklage auf eine Änderung des Schuldausspruches ab. Mit der Widerklage macht er teilweise die formelle Beschwerde geltend, die von der Schuldfeststellung des erstinstanzlichen Urteils ausgeht. Der Widerklageantrag ist hier also ein echter Rechtsmittelantrag; er wendet sich gegen die Entscheidung erster Instanz. Klage und Widerklage können im Scheidungsprozeß nicht getrennt gesehen werden, denn sie führen zu einem einheitlichen Schuldausspruch. Mit der Widerklage kann daher eine formelle Beschwerde geltend gemacht werden.

2. Variante:

Das erstinstanzliche Urteil schied die Ehe ohne Schuldausspruch. Da der Beklagte Abweisung der Scheidungsklage begehrt hatte, ist er durch ein solches Urteil formell beschwert. Macht er diese formelle Beschwerde mit dem Widerklageantrag, die Ehe aus dem Verschulden des anderen Teils zu scheiden, geltend?

Man könnte diese Frage mit folgenden Argumenten verneinen. Da der Beklagte nunmehr ebenfalls Scheidung begehrt, könne nur eine formelle Beschwerde durch die Schuldfeststellung geltend gemacht werden. Das angefochtene Urteil treffe aber gerade keine solche Feststellung. Zwar wäre es für den Beklagten noch günstiger gewesen, wenn die Schuld des anderen Teils festgestellt worden wäre. Der Beklagte habe aber einen solchen Schuldaus-

spruch weder durch eine erstinstanzliche Widerklage noch durch einen Schuldantrag gemäß § 53 II EheG begehrt, er sei daher insoweit nicht formell beschwert.

Diese Argumentation geht jedoch an der Eigenart des dem Scheidungsprozeß eigentümlichen "doppelten" Streitgegenstandes vorbei. Denn man kann die beiden Teile des Streitgegenstandes nicht gänzlich getrennt sehen. Demgemäß muß man auch den Zusammenhang zwischen den beiden Teilen des Prozeßbegehrens der Parteien beachten. Der Beklagte hatte in erster Instanz weder die Scheidung noch eine Schuldfeststellung gewünscht. Dabei war Letzteres die notwendige Folge seines Wunsches, die Scheidung zu verhindern. Allerdings hätte er den Widerklageantrag oder den Schuldantrag gemäß § 53 EheG hilfsweise stellen können. Dann bestünden an seiner formellen Beschwer durch ein Scheidungsurteil ohne Schuldausspruch keine Zweifel.

Anders als in vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann man es den Beklagten im Scheidungsprozeß aber nicht zumuten, sich von vornherein darauf einzustellen, daß sein Abweisungsbegehren keinen Erfolg hat. Insbesondere muß es den Beklagten möglich sein, sich darauf zu beschränken, seine Nichtschuld darzulegen, statt das Verhältnis zu seinem Ehepartner durch Gegenangriffe zu verschlechtern. Solche Gegenangriffe könnten sogar sein eigenes Festhalten an der Ehe unglaublich machen (vgl. § 48 II a. E. EheG). Wird die Scheidung trotz seines Widerstandes ausgesprochen, so macht er die darin liegende formelle Beschwer schon dann geltend, wenn er in der zweiten Instanz nur die Schuld des anderen Teils festgestellt sehen will, nunmehr aber ebenfalls die Scheidung begehrt.

b) Der Beklagte hatte ebenfalls Scheidung begehrt

Dazu folgendes Beispiel:

Der Scheidungskläger hat erfolgreich aus § 48 EheG auf Scheidung geklagt. Der Scheidungsbe-
klagte hatte in erster Instanz zum Ausdruck ge-
bracht, daß er ebenfalls die Scheidung wünsche,
und keinen Schuldantrag gem. § 53 II EheG ge-
stellt. Gegen das Scheidungsurteil, das keinen
Schuldausspruch enthielt, legt der Beklagte Be-
rufung ein. Er erhebt Widerklage mit dem Antrag,
die Ehe gem. § 43 EheG aus dem Verschulden des
anderen Teils zu scheiden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (18)
ergäbe sich folgendes: Da die beklagte Partei im Schei-
dungsprozeß zur Stellung eines Sachantrags nicht ver-
pflichtet ist, käme es bei ihr anders als beim Kläger
nur auf die materielle Beschwer an. Durch ein Urteil,
das die Ehe ohne Schuldausspruch scheidet, ist der Be-
klagte wegen der Tatbestandswirkung der Entscheidung
für die Unterhaltsansprüche gem. § 61 II EheG materi-
ell beschwert, so daß er anfechtungsberechtigt wäre.

Dieses Ergebnis ist abzulehnen. Zwar wird die Möglich-
keit, neue Scheidungsgründe "nachzuschieben", zeitlich
nur auf die Berufungsfrist ausgedehnt (19). Entschei-
dend ist aber, daß der Beklagte durch sein neues Pro-
zeßbegehren eine weitere Instanz nötig macht. Zwar läßt
§ 614 ZPO neue Klagegründe, und zwar auch im Wege der

(18) Dieser noch nicht entschiedene Grundfall wird hier
entsprechend BGH LM Nr. 3 zu § 511 ZPO = JZ 1953,
276 abl. Anm. Lent und BGH 74, 362 Anm. Habscheid
gelöst. Die genannten Entscheidungen werden an-
schließend erörtert.

(19) Allerdings können weitere Klagegründe dann gem.
§ 614 ZPO noch während der ganzen Berufungsinstanz
eingeführt werden.

Widerklage, unbeschränkt und noch in der Berufungsinstanz zu. Dies gilt aber nur für eine bereits eröffnete Instanz, die also ohnehin durchgeführt werden muß. Die mit der Einführung neuer Scheidungsgründe verbundene Mehrarbeit ist dann geringer und kann im Interesse der Wahrheitsfindung in Kauf genommen werden. Dagegen vermag der Vortrag weiterer Scheidungsgründe allein kein Rechtsschutzbedürfnis zu begründen. Da der Beklagte - anders als oben a - hier bereits in erster Instanz ebenfalls die Scheidung begehrte, war es ihm zuzumuten, seine Anträge und sein Vorbringen bereits dort vollen Umfanges auf die Schuldfrage zu erstrecken und zu diesem Zweck ggf. eigene Scheidungsgründe im Wege der Widerklage geltend zu machen (20).

Noch zwingendere Argumente zugunsten der formellen Beschwerde ergeben sich im folgenden Fall:

Die beklagte Ehefrau hatte in erster Instanz auf die Scheidungsklage des Ehemannes wegen dreijähriger Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft (§ 48 EheG) nur einen Schuldantrag gestellt und legte gegen das Scheidungsurteil, das den Kläger für schuldig erklärte, ein Rechtsmittel mit dem Antrag ein, die Ehe auf Klage und Widerklage zu scheiden und den Kläger für alleinschuldig zu erklären.

Der Bundesgerichtshof (21) nahm eine materielle Beschwerde an, weil die Beklagte möglicherweise eine Scheidung wegen Ehebruchs (§ 42 EheG) erwirken könne und ein solches Urteil ein Ehehindernis gemäß § 6 EheG für den Ehe-

(20) Der Fall, daß die Beklagte erst nach der letzten mündlichen Verhandlung von ihrem Scheidungsgrund Kenntnis erhält, wird unten 7 erörtert.

(21) LM Nr. 3 zu § 511 ZPO = JZ 1953, 276 abl. Anm. Lent = JR 1953, 104

brecher und damals auch die Strafbarkeit wegen Ehebruchs gemäß § 172 StGB begründe. Es träten also Tatbestandswirkungen ein, die dem angefochtenen Urteil nicht zukämen. Schon damals wiesen Lent (22) und im Anschluß an ihn Baur (23) darauf hin, daß aus der Befreiungsmöglichkeit gemäß § 6 II EheG und aus dem Antragserfordernis des § 172 StGB auf ein Zurücktreten öffentlicher Interessen zu schließen sei, so daß ein Abgehen vom Grundsatz der formellen Beschwer keinesfalls angebracht sei. Die Abschaffung des § 172 StGB durch das 1. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. 6. 1969 bestätigt dies. Das Ehehindernis des Ehebruchs gemäß § 6 EheG ist ebenso obsolet, da allenfalls rachsüchtige Ehegatten darauf bestehen, daß im Scheidungsurteil eine Ehebruch festgestellt wird, während normalerweise auch bei Vorliegen eines Ehebruchs nur Scheidung wegen schwerer Eheverfehlung (§ 43 EheG) begehrt wird.

- c) Widerklage, um die Feststellung eines überwiegenden Verschuldens gem. § 52 II 2 EheG zu erreichen

Einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs (24) lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin und der widerklagende Ehemann machten Scheidungsgründe aus Verschulden geltend, verzichteten aber auf die Feststellung eines überwiegenden Verschuldens, die an sich von Amts wegen zu erfolgen hat. Beide Klagen ~~sind~~ *wah* erfolgreich. Gegen dieses Urteil legte der Beklagte Berufung ein mit dem Antrag, die Ehe

(22) JZ 1953, 276

(23) a. a. O. S. 15

(24) BGH ZZP 74, 362 Anm. Habscheid = JZ 1955, 423 abl. Anm. Lent = ZZP 68, 200

aus dem überwiegenden Verschulden der Klägerin zu scheiden. Seinen Verzicht auf die Feststellung eines überwiegenden Verschuldens fechte er wegen Irrtums, hilfsweise auch wegen arglistiger Täuschung an. Die Parteien und ihre Prozeßbevollmächtigten seien nämlich bei der Erklärung des Verzichts davon ausgegangen, daß ein wechselseitiger Unterhaltsverzicht - auch für den Notbedarf - nach der Verkündung des Urteils erklärt würde.

Für den Bundesgerichtshof ergab sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels ohne weiteres aus der materiellen Beschwer des Beklagten, da der Klage gegen diesen stattgegeben worden war.

Wie ist der Fall zu lösen, wenn man auch für den Beklagten eine formelle Beschwer fordert? Das überwiegende Verschulden eines der beiden Ehegatten ist gem. § 52 II 2 EheG von Amts wegen festzustellen, eines Antrags bedarf es insoweit nicht. Auch nach der formellen Theorie käme es daher an sich auf die materielle Beschwer an. Dann könnte jeder der beiden Ehegatten ein Rechtsmittel einlegen, um die Feststellung des überwiegenden Verschuldens des anderen zu erreichen. Hier kommt jedoch hinzu, daß beide Ehegatten auf diese Feststellung verzichtet haben. Ein solcher Verzicht ist allerdings nur wirksam, wenn die Dispositionsbefugnis der Parteien im Scheidungsprozeß die Schuldfrage umfaßt. Abgesehen von §§ 6 EheG und § 172 StGB a. F., zu denen bereits Stellung genommen wurde (25), hat der Schuldausspruch nur unterhaltsrechtliche Auswirkungen, die gem. § 72 EheG der Disposition der Parteien überlassen bleiben. Auch können die Parteien auf die Schuldfeststellung dadurch Einfluß nehmen, daß sie einen Scheidungsgrund ohne Verschulden geltend machen. Sie können z. B. davon absehen, die Schei-

(25) oben b)

dung wegen schwerer Eheverfehlungen zu fordern und stattdessen die Scheidung ohne Schuldausspruch wegen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft gem. § 48 EheG beantragen. Dann muß auch die Feststellung des überwiegenden Verschuldens der Disposition der Parteien unterliegen (26). Liegt aber ein Dispositionsakt des Rechtsmittelführers vor, so bemißt sich seine Beschwerde nach der formellen Beschwerde. Grundsätzlich genügt daher bei der von Amts wegen zu treffenden Entscheidung gem. § 52 II EheG eine materielle Beschwerde. Die Berufung mit dem Ziel der Feststellung eines überwiegenden Verschuldens ist aber unzulässig, wenn auf diese Feststellung wirksam verzichtet wurde. Hier macht der Beklagte Unwirksamkeit seines Verzichts wegen arglistiger Täuschung geltend. Der Verzicht könnte dann analog § 580 Ziff. 4 ZPO widerrufen werden, sofern ein Prozeßbetrug der Klagepartei vorlag (27). Voraussetzung wäre, daß der Verzicht auf Grund einer Vereinbarung zwischen den Parteien erfolgte, demnächst durch eine weitere Vereinbarung die gegenseitige Unterhaltspflicht auszuschließen. Nicht ausreichend wäre ein auf unverbindlichen Äußerungen der Parteien beruhendes Verhalten. Ist der Verzicht wirksam erklärt, so bleibt dem Beklagten nur der Haftpflichtprozeß gegen seinen Anwalt, der auf die Feststellung des überwiegenden Verschuldens verzichtet hatte, ohne zugleich den Unterhaltsverzicht der Klägerin verbindlich zu vereinbaren, was gem. § 72 EheG auch schon vor Erlaß des Scheidungsurteils möglich gewesen wäre.

Für den Bundesgerichtshof, der die materielle Beschwerde des Beklagten und Widerklägers genügen ließ, ist der Verzicht nur für die Begründetheit, nicht für die Zu-

(26) ebenso BGH FamRZ 1961, 210; SchlHOLG SchlHA 50, 241; OLG Köln FamRZ 1960, 443.

(27) Rosenberg-Schwab, § 65 V 2 c: Einer rechtskräftigen Verurteilung bedarf es nicht, wenn der Widerruf noch im ordentlichen Verfahren erklärt wird.

lässigkeit des Rechtsmittels von Belang. Er verneint in der entschiedenen Sache das Vorliegen eines Verzichts überhaupt, denn das Oberlandesgericht habe diesen zu Unrecht aus der Beschränkung des Prozeßstoffes durch den Beklagten gefolgert (28).

Habscheid (29) geht der Frage nach, wie dieser Fall zu lösen wäre, wenn ein Verzicht vorläge. Dabei geht Habscheid ebenfalls von der materiellen Beschwer des Beklagten und Widerklägers aus. Der Verzicht könne materiellrechtliche und prozessuale Natur haben. Habe er hier nur prozessualen Charakter, so bedeute er eine Einschränkung des Klage- und des Widerklagebegehrens. Es bestünden dann keine prozeßrechtlichen Bedenken, diese Beschränkung innerhalb einer für die Sachentscheidung offenen Tatsacheninstanz wieder fallen zu lassen, also das eingeschränkte Klagebegehren wieder zu erweitern. Diese Klageerweiterung sei schon gem. § 268 Ziff. 2 ZPO zulässig, im übrigen gem. § 264 ZPO sachdienlich (30). Habscheid will der sich daraus ergebenden Bedeutungslosigkeit eines Verzichtes dadurch entgehen, daß er in ihm zugleich eine materiellrechtliche Vereinbarung zwischen den Parteien sieht, die prozessual über den Einwand des Verstoßes gegen Treu und Glauben relevant werde. Von einem solchen Verstoß könne jedoch nicht gesprochen werden, wenn der Beklagte den Verzicht unter der Voraussetzung erklärt habe, daß die gegenseitige Unterhaltungspflicht demnächst durch eine Vereinbarung ausgeschlossen würde. Damit findet Habscheid den Weg zu einer "Billigkeitsentscheidung", die es einer Partei ermöglicht, den Folgen ihrer prozessualen Nachlässigkeit zu entgehen, eine weitere Instanz beansprucht und die Verbindlichkeit prozessualer Dispositionsakte relativiert. Dieser Ansicht kann daher nicht gefolgt werden.

(28) BGH ZZP 68 (1955), 200 (203)

(29) ZZP 74 (1961), 362 (366 f.)

(30) Zutreffender wäre der Hinweis auf § 614 ZPO gewesen.

4. Materielle Beschwer dadurch, daß die Ehe aus einem leichteren statt aus einem schweren Scheidungsgrund geschieden wird

Der Bundesgerichtshof (31) hat hierzu den folgenden Fall entschieden:

Die Klägerin hatte in erster Instanz ein Scheidungsurteil gem. § 44 EheG (Zerrüttung auf Grund eines auf geistiger Störung beruhenden Verhaltens des Ehegatten) erwirkt. Mit der Berufung erstrebte sie Scheidung wegen Verschuldens und stellte dazu folgende Anträge:

1. das angefochtene Urteil zu ändern und die Ehe aus dem Verschulden des Beklagten zu scheiden; hilfsweise
2. festzustellen, daß die Klägerin berechtigt ist, von dem Beklagten getrennt zu leben; "höchsthilfsweise"
3. die Ehe der Parteien ohne Schuldausspruch zu scheiden.

Das in erster Instanz erzielte Ergebnis, Scheidung der Ehe und Unterhaltspflicht gegenüber ihrem geschiedenen Mann gem. § 61 II EheG, wollte sie allenfalls "höchsthilfsweise" aufrechterhalten wissen. Die Berufung wurde jedoch im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der beim Kläger auf die formelle Beschwer abstellt, als unzulässig verworfen. Dieses Urteil wurde vom Bundesgerichtshof bestätigt (32).

(31) JZ 1957, 667 mit zust. Anm. Lent = BGH 24, 369 = NJW 57, 1401

(32) Einen ähnlichen Fall enthält RG 100, 208. Dort wird das Rechtsmittelbegehren einer Scheidung gem. §§ 42 i. EheG anstelle der antragsgemäßen erstinstanzlichen Eheaufhebung gem. § 32 EheG (Irrtum über eine persönliche Eigenschaft des Ehegatten) für unzulässig erklärt.

Wie wäre dieser Fall nach der Lehre von der materiellen Beschwer zu lösen? Danach sind Kläger wie Beklagter durch jedes Scheidungsurteil schon wegen dessen Gestaltungswirkung beschwert. Daraus folgt jedoch nur ihre Anfechtungsberechtigung zur Beseitigung dieser Beschwer. Der Beklagte kann also mit dem Rechtsmittel Klageabweisung, der Kläger Klageverzicht erklären. Hier dagegen bleibt die Klägerin in ihrem Hauptantrag bei dem Scheidungsbegehren. Sie kann daher auch nach der materiellen Theorie ihre Beschwer nicht auf die Gestaltungswirkung des Ersturteils stützen.

Sie ist aber außerdem durch die Tatbestandswirkung des Urteils für die Unterhaltsansprüche materiell beschwert. Das gem. § 44 EheG ergangene Scheidungsurteil enthält zwar keinen Schuldausspruch. Dessen Fehlen kommt aber der Feststellung beiderseitigen Nichtverschuldens gleich. Im übrigen ergibt sich die Tatbestandswirkung direkt aus § 61 II EheG, der dem Beklagten einen Billigkeitsanspruch auf Unterhalt gegen die Klägerin gewährt. Der Hauptantrag der Klägerin ist geeignet, diese Beschwer zu beseitigen. Mithin wäre die Klägerin nach der materiellen Theorie anfechtungsberechtigt.

Dieses Ergebnis ist jedoch abzulehnen, denn es besteht kein Grund, die Klägerin aus der Verantwortung für ihren erstinstanzlichen Antrag zu entlassen. Da sie die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wieder aufnehmen will, sondern geschieden sein, hilfsweise getrennt leben und "höchsthilfsweise" wiederum geschieden sein will, kann auch das öffentliche Interesse an der Eheerhaltung nicht einmal ihren Hilfsantrag statthaft machen. Es muß also mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes beim Erfordernis der formellen Beschwer bleiben.

5. Rechtsmittel des Beklagten, um Widerklage zu erheben, wenn die Scheidungsklage abgewiesen wurde

Fraglich erscheint, ob man den Beklagten als durch das Abweisungsurteil formell beschwert betrachten kann, wenn er in erster Instanz dem Antrag des Klägers zugestimmt hat, ohne selbst Scheidungs(wider)klage zu erheben. M. E. Bestehen dagegen keine Bedenken. Selbst wenn man dies nicht will, kommt man zu dem gleichen Ergebnis. Denn wenn dieses Begehren außer Betracht bleibt, muß auch die formelle Theorie auf seine materielle Beschwer abstellen. Diese ist zu bejahen. Sie ergibt sich allerdings nicht aus der Gestaltungswirkung oder der Rechtskraft- und Tatbestandswirkung des Schuldausspruches, da ein abweisendes Ersturteil vorliegt. Brox (33) und Bettermann (34) sehen die materielle Beschwer zu Recht in der Präklusionswirkung des § 616 S. 2 ZPO, so daß ein Rechtsmittel nach jeder Meinung statthaft ist. Das ist auch interessengerecht, denn rechnet der Beklagte in erster Instanz mit dem Erfolg der Klage seines Ehegatten, so hat er keinen Anlaß, seine Widerklagegründe vor dem Gericht auszubreiten. Wird die Klage wider Erwarten abgewiesen, so muß er noch Gelegenheit erhalten, diese Scheidungsgründe geltend zu machen.

Der Vollständigkeit halber sei noch der wohl seltene Fall kurz erörtert, daß der Beklagte in erster Instanz Abweisung beantragt hatte, aber trotzdem gegen das Abweisungsurteil ein Rechtsmittel einlegt, um nunmehr die Auflösung der Ehe auf Grund eigener Scheidungsgründe im Wege der Widerklage zu erreichen. Auch hier liegt eine materielle Beschwer durch die Präklusionswirkung des § 616 S. 2 ZPO vor, so daß die materielle Theorie das

(33) a. a. O. ZZP 81, 392

(34) a. a. O. ZZP 82, 36

Rechtsmittel zulassen müßte. Nach der formellen Theorie ist das Rechtsmittel unzulässig. Dem ist zu folgen, da keine besonderen Gründe vorliegen, den Beklagten hier von der Verantwortung für seinen erstinstanzlichen Antrag zu entbinden.

6. Die Beschwer, wenn ein schwerer Scheidungsgrund erst nach der letzten mündlichen Verhandlung bekannt wird und mit dem Rechtsmittel geltend gemacht wird

Betrachten wir zunächst die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung, die ein Rechtsmittel aus Billigkeitsgründen gewährt.

Fall (35):

Die Klägerin erwirkte in erster Instanz ein Scheidungsurteil wegen schwerer Eheverfehlungen. Nach der letzten mündlichen Verhandlung erlangt sie Kenntnis von einem Ehebruch. Mit der Berufung begehrt sie Scheidung wegen Ehebruchs.

Das Oberlandesgericht München ließ die Berufung zu und führte aus: Hier sei eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der formellen Beschwer zuzulassen, wodurch die wahre Rechtslage richtiger getroffen und die Klägerin und ihr Kind vor dauerndem Schaden bewahrt werden könnten. Hielte man in Fällen dieser Art an dem Erfordernis der Beschwer fest, so führe im Ergebnis derjenige Eheteil am besten, der sein ehebrecherisches Verhältnis zu verbergen verstehe. Die Klägerin wäre trotz ihres Sieges im Rechtstreit (wegen schwerer Eheverfehlungen) schlechter gestellt als bei der Ab-

weisung der Klage, in welchem Falle sie den Ehebruch mit einer neuen Klage geltend machen könne.

Diese Begründung überzeugt nicht. Schon oben (36) wurde ausgeführt, daß die Möglichkeit, ein Scheidungsurteil wegen Ehebruches statt wegen schwerer Eheverfehlungen zu erstreiten, keine Durchbrechung des Prinzips der formellen Beschwer rechtfertigt, weil die Befreiungsmöglichkeit bei § 6 EheG und früher das Antragsserfordernis bei § 172 StGB a. F. auf ein Zurücktreten öffentlicher Interessen schließen ließen. Davon, daß die Klägerin und ihr Kind "vor dauerndem Schaden bewahrt" werden müßten, kann keine Rede sein, da sich unterhaltsrechtlich keine Unterschiede ergeben.

Anders ist dies im folgenden

Fall (37):

Wer mit einer sogenannten "Heimtrennungsklage" (§ 48 EheG) im ersten Rechtszug obsiegt hat, ist beschwert, wenn er nach der letzten mündlichen Verhandlung erfährt, daß der Beklagte Eheverfehlungen begangen hat, die eine Scheidung aus seinem Verschulden (§§ 42, 43 EheG) rechtfertigen.

In den Entscheidungsgründen des Urteils des Oberlandesgerichts Kiel wird auf die erheblichen unterhaltsrechtlichen Folgen einer Scheidung aus Verschulden hingewiesen, die es in der Tat rechtfertigen, das Prinzip der formellen Beschwer zu durchbrechen. Deren Grundgedanke bleibt jedoch gewahrt. Denn erst nach der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz bekanntgewordene Scheidungsgründe konnte der Kläger (oder Widerklä-

(36) Kap. 3 b

(37) OLG Kiel SchlHA 1949, 339

ger) in seinen erstinstanzlichen Anträgen nicht berücksichtigen. Er kann daher an diesen Anträgen nicht festgehalten werden.

Daraus folgt aber nicht, daß ein Rechtsmittel ohne formelle Beschwer immer zulässig ist, wenn der Rechtsmittelführer in Unkenntnis weiterer Klagegründe in erster Instanz weniger beantragt hat, als denkbar war. Ein solches Rechtsmittel setzt vielmehr voraus, daß der neue Klagegrund nicht durch eine neue Klage geltend gemacht werden kann. Diese Voraussetzung liegt aber nur in Ehescheidungssachen vor. Sie hat ihren Grund in der Koppelung von Scheidungs- und Schuldausspruch. Ist die Ehe geschieden, so können weitere Scheidungsgründe in einer neuen Klage nicht mehr geltend gemacht werden, weil das Gesetz die Schuldfeststellung nur als Anhängsel des Scheidungsurteils vorsieht. Eine weitere Scheidungsklage ist aber nach der Scheidung nicht mehr möglich. Man kann hier also von einer faktischen Präklusion weiterer Scheidungsgründe durch ein Scheidungsurteil sprechen. Diese bestünde nicht, wenn die Rechtsprechung eine isolierte Schuldfeststellungsklage zuließe, wie dies im sog. interzonalen Scheidungsrecht geschehen ist (38). Stattdessen versucht die Rechtsprechung durch Zulassung eines Rechtsmittels zum "Nachschieben" des schwereren Scheidungsgrundes zu helfen. Erhält eine Partei erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist Kenntnis von diesem Scheidungsgrund, so versagt dieser Behelf. Es ist aber nicht einzusehen, wieso solche Scheidungsgründe nur innerhalb der Rechtsmittelfrist geltend gemacht werden können, während sich die Unterhaltsansprüche noch jahrelang nach dem Scheidungsurteil richten. Der Grund für die Durchbrechung der formellen Beschwer

(38) BGH 34, 134; BGH NJW 1967, 772; Drobniß FamRZ 1961, 341

liegt hier also darin, daß auf diese Weise wenigstens in einem Teil der Fälle geholfen werden kann, in denen die Koppelung von Scheidungs- und Schuldausspruch zu einem unbilligen Ergebnis führt.

7. Besonderheiten der Wiederaufnahme in Ehesachen

Einen weiteren Notbehelf, nachträglich bekanntgewordene Scheidungsgründe doch noch zu berücksichtigen, sehe ich in der Rechtsprechung zur Wiederaufnahme in Ehesachen. Die Handhabe hierzu bietet eine Ausweitung des Restitutionsgrundes gem. § 580 Ziff. 7 b ZPO (Auffinden einer Urkunde). Zum Verständnis der jetzigen Rechtsprechung diene eine Entscheidung (39), in der die Wiederaufnahmeklage noch abgewiesen wurde.

Leitsatz:

Waren auf die dreijährige Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft (§ 48 EheG) die Scheidungsklage und die Widerklage gestützt und ist die Ehe antragsgemäß geschieden worden, so kann keine Partei im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens die Scheidung begehren mit der Behauptung, daß sie aufgrund einer späteren aufgefundenen Geburtsurkunde einen Ehebruch des anderen Ehegatten beweisen könne, bei Kenntnis dieser Urkunde im Vorprozeß einen anderen Antrag gestellt und insofern eine ihr "günstigere" Entscheidung erzielt hätte.

In den Entscheidungsgründen führt das Oberlandesgericht Koblenz aus: Der Wiederaufnahmeantrag sei zulässig, weil der Ehebruch erst nach der letzten mündlichen Verhandlung bekannt wurde. Er sei aber unbegründet, denn die

(39) OLG Koblenz NJW 1952, 891 mit abl. Anm. J. Berg

Geburtsurkunde hätte im Vorprozeß keine der Klägerin günstigere Entscheidung herbeigeführt (§ 580 Ziff. 7 b ZPO). Dem Klageantrag sei ohnehin stattgegeben worden.

Inwiefern die Frage, ob neue Klagegründe "nachgeschoben" werden können, etwas mit der Zulässigkeit der Restitutionsklage zu tun hat, wird vom Oberlandesgericht Koblenz nicht scharf gesehen. Es handelt sich nämlich wieder um die Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwer, die auch bei dem außerordentlichen Rechtsbehelf der Wiederaufnahmeklage zu fordern ist (40). Beschwerend wirkt hier die faktische Präklusion weiterer Scheidungsgründe durch das Urteil, das die Ehe schied.

Auch hier genügt ausnahmsweise die materielle Beschwer. Denn der Restitutionskläger kann an seinem Antrag im ordentlichen Verfahren nicht festgehalten werden, weil er von dem Ehebruch damals keine Kenntnis hatte. Die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags wurde daher zu Recht bejaht. Inkonsequent aber war es, die Frage, ob die Geburtsurkunde für die Klägerin eine günstigere Entscheidung i. S. d. § 580 Ziff. 7 b ZPO herbeigeführt hätte, nur vom Standpunkt des früheren Klageantrags zu beurteilen. Das hypothetische Urteil, das jeder Kausalitätsfeststellung zugrunde liegt, ist nicht ohne Wertung möglich. Wenn die Klägerin an ihrem Antrag nicht festgehalten werden durfte, so dies auch nicht in dem hypothetischen Urteil über die Kausalität geschehen.

Die Unkenntnis von der Urkunde hätte daher in der Weise erteilt werden müssen, wie dies in einer anderen, gleichgelagerten Sache durch den Bundesgerichtshof (41) geschehen ist:

(40) BGH 39, 179 mit Nachweisen

(41) BGH 39, 179 (184)

Eine "günstigere Entscheidung" wird auch dann herbeigeführt, wenn den Anträgen voll entsprochen wurde, eine günstigere Entscheidung aber wegen Unkenntnis der Urkunde nicht möglich war, vorausgesetzt, daß der Restitutionskläger mit dem damals erzielten Ergebnis nicht in jedem Falle zufrieden war.

Diese Rechtsprechung läßt sich sogar mit dem Wortlaut des § 580 Ziff. 7 b ZPO vereinbaren. Das gilt jedoch nicht für die folgende Entscheidung (42), die dem Bedürfnis, Scheidungsgründe nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils geltend machen zu können, noch weiter entgegenkommt.

Leitsatz:

Die Restitutionsklage kann auch auf eine nachträglich errichtete Geburtsurkunde gestützt werden, wenn sich aus ihr ergibt, daß der Beginn der Empfängniszeit vor der letzten mündlichen Verhandlung im Vorprozeß oder vor Ablauf der Berufungsfrist liegt.

In diesem Fall existierte die Urkunde zum Zeitpunkt des Erlasses des Scheidungsurteils noch nicht, der Restitutionskläger hätte sie also auch nicht benutzen können, um eine günstigere Entscheidung zu erlangen. § 580 Ziff. 7 b ZPO setzt aber voraus, daß die Urkunde schon vor Urteilserlaß errichtet war. Der Bundesgerichtshof setzte sich hierüber mit folgendem Argument hinweg: Die Geburtsurkunde gehöre zu den Urkunden, die "ihrer Natur nach nicht im zeitlichen Zusammenhang mit den durch sie bezeugten Tatsachen errichtet werden können und deshalb, wenn sie errichtet werden, Tatsachen beweisen, die einer zurückliegenden Zeit angehören". Für solche Urkunden komme ihrem Wesen nach eine mißbräuchliche nachträgliche Errichtung nicht in Betracht.

Es kommt hier sicherlich weniger darauf an, daß die Geburtsurkunde "ihrer Natur nach" nicht in zeitlichem Zusammenhang mit den durch sie bezeugten Tatsachen errichtet werden kann. Denn dann wäre der Wiederaufnahme abgeschlossener Verfahren Tür und Tor geöffnet; die Rechtskraft wäre nur noch eine vorläufige. Dagegen ist zutreffend, daß eine mißbräuchliche nachträgliche Errichtung der Geburtsurkunde in den vorliegenden Fällen nicht in Betracht kommt. Letztlich rechtfertigt sich aber diese Rechtsprechung aus dem Bedürfnis, den Schuldausspruch auch noch nachträglich korrigieren zu können. Sie vermag dies aber nur in einem geringen Teil der Fälle, in denen dieses Bedürfnis auftritt, und kann daher nur als Notbehelf angesehen werden.

X. Zusammenfassung

I 1 Eine Partei ist im weiten Sinne beschwert, wenn sie die Möglichkeit hat - Zulässigkeit des Rechtsmittels vorausgesetzt -, in der nächsten Instanz eine im Tenor günstigere Entscheidung zu erreichen. Eine Partei ist materiell beschwert, wenn sie durch die Wirkungen der Entscheidung, nämlich die materielle Rechtskraft, die innerprozessuale Bindungswirkung, die Gestaltungs- und die Tatbestandswirkung, rechtliche Nachteile erfährt.

Eine Partei ist formell beschwert, wenn der Inhalt der Entscheidung von ihrem Sachantrag zu ihren Ungunsten abweicht.

In der Regel besteht eine solche ungünstige Abweichung in nachteiligen Entscheidungswirkungen i. S. der materiellen Beschwer, so daß formelle und materielle Beschwer zugleich vorliegen.

Prozeßbegehren i. S. der gegebenen Definition ist nur die Disposition über den geltend gemachten Anspruch (Klageantrag, Abweisungsantrag, Anerkenntnis und Verzicht) (vgl. Kap. V 2).

I 3 Die Beschwer ist eine Erscheinungsform des Rechtsschutzbedürfnisses. "Beschwer" und "Rechtsschutzbedürfnis" sind in ihrer Ausprägung nicht identisch (Begriff-Generalklausel).

II 1 Alle drei genannten Begriffe der Beschwer verhindern Rechtsmittel, die nur die Gründe eines Urteils bekämpfen.

II 2 Die materielle und die formelle Beschwer verhindern Rechtsmittel, die nur dazu dienen, die Klage zu erweitern oder in der höheren Instanz eine Widerklage zu erheben.

- II 3 Die materielle Beschwer ist nicht erforderlich, um den Kreis der Anfechtungsberechtigten zu begrenzen. Zu diesem gehören außer den Parteien diejenigen Personen, die ein „rechtliches Interesse“ i. S. des § 66 I ZPO am Sieg einer Partei haben.
- III 1 Die Beschwer ist nur bei solchen besonderen Klagearten und Rechtsbehelfen Zulässigkeitsvoraussetzung, die Rechtsmittelcharakter haben, so bei der Wiederaufnahmeklage, dem Einspruch gegen ein Versäumnisurteil oder einen Vollstreckungsbefehl, dem Widerspruch gegen einen Arrestbeschluß, der Aufhebungsklage gegen einen Schiedsspruch.
- III 2 Klagen und Rechtsbehelfe zur Abänderung gerichtlicher Entscheidungen wegen veränderter Umstände, wie die Abänderungsklage gem. § 323 ZPO, sind auch ohne Beschwer zulässig.
- IV Die Beschwer ist stets eine Beschwer in der Hauptsache, nicht in der Kostenentscheidung.
- V 1 Anerkenntnis- und Verzichtsurteile beschweren nur materiell, nicht formell, wenn das Anerkenntnis bzw. der Verzicht wirksam sind. Ein Rechtsmittel ist dann mangels formeller Beschwer unzulässig.
- V 2 Ein Urteil nach dem "Hilfsantrag" des Klägers beschwert diesen weder materiell noch formell, wenn der "Hilfsantrag" dem "Hauptantrag" rechtlich gleichwertig ist.

Beide Anträge enthalten nämlich das gleiche Prozeßbegehren i. S. der Lehre von der formellen Beschwer, insofern sie auf identische Rechtsfolgen abzielen.

Die Prozeßabweisung beschwert den Kläger nur formell, ebenso ein Aufhebungs- und Zurückverweisungs-urteil den Rechtsmittelführer. Gegen beide Entscheidungen können Kläger und Beklagter, Rechtsmittelkläger und -beklagter Rechtsmittel einlegen, die sich nur mit der Maßgeblichkeit der formellen Beschwerde erklären lassen.

Die formelle Beschwerde ermöglicht den Parteien, ihren Anspruch auf gerichtliche Entscheidung zur Sache im Rechtsmittelwege durchzusetzen.

- V 3a Der Antrag des Beklagten auf Klageabweisung als unzulässig stellt nur eine Anregung an das Gericht dar und ist für die formelle Beschwerde unbeachtlich. Der Beklagte wird daher durch das abweisende Sachurteil weder formell noch materiell beschwert.

Gleiches gilt, wenn dem Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Zurückverweisung der Sache nicht entsprochen wird.

- b Ein Zurückverweisungsurteil beschwert beide Parteien formell, da es hinter dem auf Sachentscheidung gerichteten Begehren jeder Partei zurückbleibt.

Daran ändert es nichts, wenn eine Partei im "Hauptantrag" selbst Zurückverweisung beantragt. Insoweit handelt es sich nur um eine Anregung an das Gericht und nicht um einen Sachantrag, wie er der formellen Beschwerde zum Maßstab dient. Denn dieses "Begehren" ist von der Dispositionsbefugnis nicht gedeckt.

- VI 1 Der Zweck der formellen Beschwerde läßt sich weder aus dem Zweck der Rechtsmittel noch aus dem Grundsatz der Prozeßökonomie herleiten.

VI 2 Die formelle Beschwer ist als Kehrseite der Dispositionsbefugnis der Parteien Ausdruck der Verantwortlichkeit der Parteien für ihre Sachanträge.

Die formelle Beschwer kann nicht mit dem Argument abgelehnt werden, unser Prozeßrecht kenne kein generelles Verbot widersprechenden Verhaltens, da es erhebliche partielle Verbote dieser Art gibt und ein solches auch hier am Platz ist.

VI 3 Allerdings ist der Kläger nach dem Gesetz nur in dem beschränkten Umfang der §§ 264, 271 ZPO an seine Klagedisposition gebunden. Selbst diese Einschränkung entfällt in Ehesachen (§ 614 ZPO).

Diese Vorschriften erlauben eine Klageänderung aber nur, wenn sie noch innerhalb der Instanz berücksichtigt werden kann und ihre Zulassung daher prozeßwirtschaftlich ist. Dies ist nicht der Fall, wenn nur wegen der Klageänderung eine neue Instanz erforderlich würde. Dabei würde dem Gegner außerdem eine Instanz entzogen.

VI 4 Der Abweisungsantrag ist ebenfalls ein Akt der Disposition. Er ist die Konsequenz der Prozeßführung des Beklagten über die Sache.

VII Als Rechtsmittelvoraussetzung ist außer der Beschwer stets zu fordern, daß der Rechtsmittelführer mit seinen Anträgen mindestens eine Beschwer in Höhe der Erwachsenenheitssumme geltend macht.

VIII 1 Beschwer und materielle Rechtskraft stehen in einer Wechselwirkung.

a Eine Qualifizierung des Klageanspruches, die im Erkenntnisverfahren nicht entscheidungserheblich ist, aber im Vollstreckungsverfahren von Bedeutung sein kann (Schadensersatzanspruch aus vorsätzlichem Delikt), ist nicht rechtskraftfähig. Denn die rechtskräftige Feststellung oder Ablehnung dieser Qualifizierung würde eine Beschwerde und die Zulässigkeit eines Rechtsmittels herbeiführen, für das kein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

b aa Der Beklagte wird nicht dadurch beschwert, daß eine Klage aus einem "weniger dauerhaften" Abweisungsgrund abgewiesen wird (z. B. wegen mangelnder Fälligkeit der Forderung statt wegen Nichtigkeit des Vertrages).

bb Anspruchsbejahende Elemente eines Abweisungsurteils können wegen der damit verbundenen Folgen für die Beschwerde nicht in die Rechtskraft einbezogen werden.

VIII 2 Gestaltungsklagen, Gestaltungsabwehrklagen und Feststellungsklagen beschweren oft beide Parteien materiell. Interessengerecht ist aber nur eine Anfechtungsbefugnis der formell beschwerten Partei.

VIII 3 Aufhebende und zurückverweisende Urteile begründen eine formelle Beschwerde durch die Vorenthaltung eines Sachurteils.

VIII 4 Grundurteile beschweren materiell durch ihre der Rechtskraft wesensgleiche Bindungswirkung und formell durch den Widerspruch dieser Bindungswirkung zu den Sachanträgen.

IX Scheidungsurteile beschweren materiell durch ihre Rechtskraft, die Gestaltungs-, die Tatbestands- und die Präklusionswirkung des Scheidungsspruches sowie durch die materielle Rechtskraft und die Tatbestandswirkung des Schuldausspruches.

IX 1 Ist der Scheidungsbeklagte anwaltlich nicht vertreten und kann er daher keinen Sachantrag stellen, so richtet sich die Anfechtungsbefugnis des Beklagten nach seiner materiellen Beschwerde.

Der Beklagte, der in der Vorinstanz in die Scheidung einwilligte, kann mangels formeller Beschwerde kein Rechtsmittel zur Aufrechterhaltung der Ehe einlegen.

IX 2 Von der formellen Beschwerde kann auch zugunsten der Aufrechterhaltung der Ehe nicht abgegangen werden. Denn eine Klagerücknahme ist mit Einwilligung des Beklagten noch nach Erlaß eines Scheidungsurteils wirksam. Eine einseitige Beseitigung des Scheidungsurteils durch Klageverzicht nach Rechtsmitteleinlegung ohne formelle Beschwerde ist nicht zuzulassen.

IX 3a Hat sich der Beklagte in erster Instanz der Scheidung widersetzt, so beschwert ihn das Scheidungsurteil formell. Diese formelle Beschwerde kann er auch mit einer Scheidungswiderklage geltend machen, um lediglich den Schuldausspruch abzuändern.

b Dagegen kann er mangels formeller Beschwerde keine Widerklage erheben, wenn er sich in erster Instanz der Scheidung nicht widersetzt hätte.

c) Bei der Feststellung des überwiegenden Verschuldens (§ 52 II 2 EheG), die von Amts wegen zu erfolgen hat, genügt eine materielle Beschwer. Doch gilt dies dann nicht, wenn die Partei ausdrücklich auf die Feststellung eines überwiegenden Verschuldens verzichtete.

IX 4 Dem Kläger und dem Widerkläger kann entgegen der materiellen Theorie kein Rechtsmittel gewährt werden, um in zweiter Instanz die Scheidung aus einem schwereren Grunde zu erreichen, als er in der ersten Instanz angeführt hatte.

IX 5 Wollen beide Parteien die Scheidung und wird die Scheidungsklage abgewiesen, so kann der Beklagte ein Rechtsmittel einlegen, um Widerklage zu erheben. Hier genügt in Übereinstimmung mit der formellen Theorie die materielle Beschwer des Beklagten durch die Präklusionswirkung des § 616 S. 2 ZPO.

IX 6 Wird ein schwerer Scheidungsgrund erst nach der letzten mündlichen Verhandlung bekannt, dann entfällt die Verantwortung der betroffenen Partei für ihren erstinstanzlichen Antrag. Der Schuldausspruch sollte dann nicht nur durch ein Rechtsmittel korrigiert werden können, sondern es sollte auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eine isolierte Schuldfeststellungsklage möglich sein.

IX 7 Die Rechtsprechung ist dem Bedürfnis, den Schuldausspruch noch nach Eintritt der Rechtskraft zu korrigieren, bereits durch eine erweiterte Zulassung der Wiederaufnahmeklage entgegengekommen.

Lebenslauf

Ich wurde am 7. 5. 1943 in Brieg/Schlesien geboren. Mein Vater ist Rechtsanwalt, meine Mutter war Lehrerin. Zwei meiner Geschwister sind älter und zwei jünger als ich. Ich besuchte die Volksschule und die Oberrealschule in Hersbruck/Mittelfranken von 1949 bis 1962. Anschließend war ich zwei Jahre Zeitsoldat beim Fernmeldebataillon der Luftlandedivision in Eßlingen und schied als Leutnant d. R. aus. Ab dem Wintersemester 1964/65 studierte ich in Erlangen Jura und legte die 1. juristische Staatsprüfung im Dezember 1968 ab. Von Dezember 1968 bis September 1972 war ich Verwalter der Dienstgeschäfte eines wissenschaftlichen Assistenten am Juristischen Seminar in Erlangen. In dieser Zeit war ich auch im Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst. Die 2. juristische Staatsprüfung legte ich am 1.9.1972 ab. Seit Oktober 1972 bin ich im Dienst der Stadt Nürnberg als städtischer Rechtsrat z. A. Verheiratet bin ich seit dem 17.10.1969. Meine Frau ist Studienrätin. Wir haben eine jetzt 4 Monate alte Tochter.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen, Hauptstr. 109 (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990